Organizador:
Ney Bello

Ney Bello (Organizador)

Hermenêutica e Jurisdição

1ª edição

Autores

Robson R. Barbosa

Lidia Cunha Schramm de Sousa

Michael Lima de Jesus

Izabella dos Santos Jansen Ferreira de Oliveira

Viviane Freitas Perdigão

Hugo Moreira Lima Sauaia

Ney de Barros Bello Filho

Rayana Pereira Sotão Arraes

Instituto Brasiliense de Direito Público
Brasília
2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

HERMENÊUTICA E JURISDIÇÃO

O INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP, através de seu programa de pós-graduação em direito, vem incentivando a pesquisa e a produção científica desde a perspectiva do intercâmbio necessário entre instituições de ensino superior com seus diversos programas de mestrado e doutorado.

Também é do interesse do Programa a conexão cada vez mais firme com Instituições do Sistema de Justiça que permitam ao mestrando do IDP conectar-se também com os operadores do direito, produzindo conhecimento em interface com a aplicação do direito em situações concretas.

A presente coletânea, que vem a público é mais um passo da conexão entre dois programas de mestrado – Universidade Federal do Maranhão e Instituto Brasiliense de Direito Público.

Neste Ebook, discentes de ambos os PPGDs apresentam seus textos em derredor da temática da Interpretação do Direito através da atividade jurisdicional.

A publicação conjunta de dois grupos de discentes de Programas distintos vem ao encontro da intenção da CAPES de fomentar pesquisas interinstitucionais, fortalecendo a produção de conhecimento nas universidades brasileiras. Essa coletânea que chega ao público reflete esse intuito.

O mestrando do IDP – Robson Barbosa utilizou-se da compreensão do papel do Judiciário na solução de conflitos exposta por Hart Ely para discutir a juridicidade e constitucionalidade da negociação coletiva de servidores. No artigo, *NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE SERVIDORES À LUZ DA TEORIA DE HART ELY* o futuro mestre discorre sobre a teoria apresentada pelo teórico americano e analisa o instituto de direito administrativo também sob o seu viés político.

Lídia Souza e Michael de Jesus escrevem sobre a obra de Hans-Georg Gadamer, analisando as compreensões daquele que foi o maior expoente da hermenêutica filosófica do século passado. Em *A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER E OS PARADIGMAS NA UTILIZAÇÃO DA*

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA HERMENÊUTICA JURÍDICA, os mestrandos do IDP discorrem sobre a obra do insigne mestre alemão.

Izabela Oliveira, aluna do PPGD da UFMA, trabalha a questão da interpretação e da metodologia desde um paralelo construído com a obra literária de Italo Calvino. *DIREITO E PARADIGMA: REFLEXÕES A PARTIR DE LEITURA DE UMA ONDA*, faz um corte espitemológico interessante na medida em que analisa o processo de obtenção de conhecimento desde a ótica de *Palomar*, texto importante da bibliografia do autor Ítalo Cubano.

A mestranda do PPGD da UFMA Viviane Perdigão vem buscar em Ronald Dworkin apoio para a discussão de importante questão que se observa nos foros federais: a desaposentação. *Em O DIREITO COMO INTEGRIDADE: REFLEXÕES SOBRE A DESAPOSENTAÇÃO SEGUNDO A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN*, a autora utiliza-se do referencial do professor americano para construir o link com o direito previdenciário.

No texto *A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA O JULGAMENTO DAS AÇÕES IMPUGNATIVAS DE ATOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*, o mestrando do IDP Hugo Lima Sauaia analisa a participação do Judiciário no processo de fiscalização das ações do Conselho Nacional de Justiça. Está em foco, no citado artigo, as inúmeras possibilidades interpretativas para cumprimento do mandamento constitucional.

Por fim, o organizador da Coletânea – prof. Dr. Ney Bello - e a discente do PPGD da UFMA, Rayana Arraes discorrem acerca da interessante questão da previsibilidade das decisões judiciais como fator de segurança. No artigo *A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA CONSTRUÇÃO PELA SUPERAÇÃO DA CRISE DE EFICIÊNCIA E CONFIANÇA DO JUDICIÁRIO* a questão vem abordada seguindo o viés do direito ao desenvolvimento, construído a partir da segurança jurídica, permitida por um Judiciário minimanete previsível.

Assim, o ebook que o leitor tem em mãos é mais um degrau na construção da relação interinstitucional entre os PPGDs do IDP e da UFMA,

seguindo os passos determinados pela CAPES e necessário à construção de um ensino de pós-graduação mais coerente e produtivo.

Boa leitura.

Professor Dr. Ney de Barros Bello Filho

NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE SERVIDORES À LUZ DA TEORIA DE HART ELY

Robson R. Barbosa [1]

Resumo: Para John Hart Ely, o favorecimento da participação e da representatividade democrática deve nortear a interpretação dos Tribunais, razão pela qual é tarefa da jurisdição constitucional assegurar em toda a sua extensão o direito de associação, ainda que implicitamente previsto, sob pena de se hostilizar o processo democrático. Na linha dessa teoria procedimental, o *paper* analisará as decisões do Supremo Tribunal Federal que utilizaram da tradição como critério interpretativo sobre o direito de negociação coletiva de servidores estatutários, o que impediu a Corte de reconhecer a constitucionalidade do instrumento que visa promover a participação das minorias e a pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: HART ELY – NEGOCIAÇÃO COLETIVA - SERVIDORES

Resumen: Para John Hart Ely, el fomento de la participación y de la representación democrática debe guiar la interpretación de los tribunales, por lo que es tarea de la jurisdicción constitucional garantizar en toda su extensión el derecho de asociación, aunque previsto de manera implícita, porque de lo contrario, el proceso democrático sufrirá daños. A la luz de esta teoria procedimental, en este texto se examinarán las decisiones de la Corte Suprema que utilizaron la tradición como criterio interpretativo acerca de lo derecho de negociación colectiva de los servidores estatutarios, lo que impidió a la Corte a reconocer la constitucionalidad del instrumento cuyo objetivo es promover la participación de las minorias y la paz social.

PALAVRAS CLAVE: HART ELY - NEGOCIACIÓN COLECTIVA – SERVIDORES

1. Introdução

Em *Democracia e Desconfiança*, John Hart Ely desenvolve uma teoria do controle de constitucionalidade sobre os limites da interpretação de cláusulas abertas pelo Poder Judiciário, onde conclui pela legitimidade da jurisdição

[1] *Aluno do Mestrado Acadêmico - IDP*

constitucional no favorecimento da participação e representatividade democráticas, em vez do "fornecimento de uma série de bens ou valores substantivos" (ELY, 2010, p. 99).

É um dos maiores expoentes da corrente *procedimentalista*, para a qual, em sua versão, a intervenção judicial legítima se limitaria a resguardar o processo democrático de criação do Direito, mediante a desobstrução dos canais de participação política e a representatividade das minorias.

Trata-se de leitura oportuna para abordar a legitimidade da jurisdição contramajoritária quando em jogo restrições ao direito de associação, enquanto instrumento de participação democrática de minorias, pois, segundo o autor:

Praticamente todos concordam que é tarefa importantíssima dos tribunais o controle das restrições às liberdades de expressão, de imprensa e de associação política. [...]

Essa teoria é correta: ela advoga que direitos como esses, quer sejam explicitamente mencionados, quer não, devem de todo modo ser protegidos – e muito bem protegidos, porque são cruciais para o funcionamento de um processo democrático eficaz e aberto. (ELY, 2010, p. 139-140).

À partir dessa premissa fixada por Hart Ely de que é tarefa da jurisdição constitucional assegurar em toda a sua extensão o direito de associação, ainda que implicitamente mencionado, sob pena de se hostilizar o processo democrático, o *paper* analisará a situação do direito de negociação coletiva de servidores estatutários e as decisões do Supremo Tribunal Federal que utilizaram da tradição para interpretar essa matéria.

Isso porque a negociação coletiva é entendida como "um processo participativo voltado ao estabelecimento de condições de trabalho e emprego" (GERNIGON *et al.*, 2002, p. 120), sendo o instrumento de pacificação dos conflitos coletivos oriundos das relações de trabalho, que compõe a tríade da liberdade sindical, junto com a sindicalização e a greve.

Segundo Manuel Correa Carrasco (1997, p. 116), a estrutura da liberdade sindical é indissociável, pois, se assegurado algum dos seus instrumentos, *a*

rime obbligate, deve ser viabilizado o gozo dos demais, sob pena de se nulificar a autonomia coletiva dos trabalhadores.

O problema dos servidores públicos orientados pelo regime estatutário é que a Constituição da República de 1988 lhes assegurou expressamente o direito à associação sindical e à greve, sem que na sequência mencionasse o direito à negociação coletiva.

Em algumas oportunidades, o legislador ordinário tentou esclarecer esse direito, contudo, quando submetidas ao juízo do Supremo Tribunal Federal, a Corte não reconheceu a constitucionalidade do instrumento de participação democrática para esses servidores, conforme se passa a analisar.

2. O Supremo Tribunal Federal e a negociação coletiva de servidores

O Supremo Tribunal Federal julgou as ações diretas de inconstitucionalidade nº 492, em 1993, nº 114, em 1994, e nº 559, em 2006, e declarou a inconstitucionalidade de leis que previam a negociação coletiva como direito sindical do servidor público.

Nos termos do voto condutor da ADI nº 492, que serviu de paradigma para os demais julgamentos sobre o tema, a suposta inconstitucionalidade da negociação coletiva dos servidores públicos advém da não extensão do reconhecimento dos acordos e convenções coletivas dos trabalhadores da iniciativa privada, bem como pelos limites financeiros e estatutários impostos à matéria:

> [...] A Constituição, aliás, ao assegurar aos servidores públicos uma série de direitos dos trabalhadores em geral, (C.F., art. 39, § 2º), a eles não garantiu o direito ao 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho' (C.F., art. 7º, XXVI). Isto ocorreu, certamente, porque as relações entre os servidores públicos e o poder público são regidas por normas legais, porque sujeiras ao princípio da legalidade. [...]

Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende

acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malogrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. E é justamente isto o que está assegurado no art. 240, alíneas d (negociação coletiva) e e (ajuizamento coletivo frente à Justiça do Trabalho) da citada Lei 8.112, de 11.12.90. (Voto do Relator Ministro Carlos Velloso nos autos da ADI nº 492).

Os impedimentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal redundam:

> (i) na suposta ausência da previsão constitucional; (ii) na legalidade e na indisponibilidade *[supremacia]* do interesse público, que retiram qualquer margem de autonomia negocial do Administrador Público acerca da definição das condições de trabalho, as quais somente podem ser alteradas por Lei; e (iii) na vinculação da administração ao programa orçamentário, que impede a concreção dos eventuais efeitos financeiros das negociações. (BARBOSA, 2012, p. 26).

Di Pietro é favorável ao entendimento contrário à negociação coletiva dos servidores com fundamento na legalidade estrita que rege a relação estatutária:

Com esse objetivo, o exercício do direito de greve poderá, quando muito, atuar como pressão sobre o poder público, mas não poderá levar os servidores a negociações coletivas, com ou sem participação dos sindicatos, com o fito de obter aumento de remuneração. [...] Não poderia o servidor de uma categoria participar de negociação coletiva que lhe assegurasse vencimentos superiores aos definidos em lei e que ainda contrariasse as normas do artigo 37. (DI PIETRO, 2006, p. 369-370).

Edward Yemin admite o reconhecimento da liberdade sindical aos servidores sem a institucionalização da negociação coletiva:

> O reconhecimento das organizações de empregados públicos para propósitos de negociação coletiva é bastante diferente do reconhecimento da legalidade de tais organizações. Um Estado pode reconhecer a existência legal de sindicatos de empregados públicos sem aceitar negociar com eles, e muitos países (particularmente no mundo em desenvolvimento) estão nesta posição. (YEMIN *apud* CHEIBUB, 2000, p. 121).

Embora favorável ao uso desse instrumento, Zairo B. Cheibub também entende que o direito de sindicalização e greve não implicou o direito à negociação coletiva para os servidores públicos:

Embora a adoção da negociação coletiva implique o reconhecimento das associações sindicais dos servidores públicos, a legalização e o reconhecimento dessas associações não supõe a adoção e/ou institucionalização de uma política de negociação ou consulta. Na verdade, esta é a situação no Brasil, onde há o reconhecimento legal das associações e sindicatos dos servidores públicos sem que exista uma política que institucionalize as relações entre o governo e essas organizações. Como diversas análises apontam, esse pode ser o pior dos mundos, já que proliferam EAs mas sua atuação, papel e formas de relacionamento e interação com o Estado não são regulamentadas. (CHEIBUB, 2000, p. 120).

Mas o Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI nº 492, mesmo vencido, notou que a Constituição de 1988 não veda a negociação coletiva de servidores estatutários, dada a remissão que o antigo § 2º do artigo 39 fazia aos incisos VI e XIII do artigo 7º da Constituição, bem como era uma decorrência implícita do direito da associação e greve1:

1 Não consta divergência do ministro na ADI nº 559, talvez vencido pelo cansaço.

2 Que regulamenta a greve para os servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

3 Nos termos do voto relator: "[...] 53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1° ao 9°, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3° e seu parágrafo único, no art. 4°, no parágrafo único do art. 7°, no art. 9° e seu parágrafo único e no art. 14 21. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89: 'Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho. Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação. [...] 'Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.'" (MI nº 712, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno do STF, julgado em 25/10/2007, DJe-206 30/10/2008).

4 Por exemplo, na Rcl. nº 13.364 MC e no RE nº 456.530 ED.

O que se mostra paradoxal é a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito à greve, para, a seguir, em interpretação de preceito constitucional diverso, dizer-se que o Estado está protegido pela couraça da proibição de dialogar, ainda que objetivando o envio de projeto ao Legislativo, para que este, na voz abalizada dos representantes dos Estados - os Senadores e do povo os Deputados, diga da procedência do que reivindicado e negociado, não só considerados os interesses coletivos doe servidores, como também os da sociedade como um todo. (voto do Min. Marco Aurélio nos autos da ADI nº 492).

Essa jurisprudência revela mesmo um paradoxo, pois, independentemente de previsão expressa ou implícita, soa estranho conceder os extremos da liberdade sindical - que são a sindicalização e a greve - sem que isso acompanhe o direito à negociação - procedimento de pacificação da relação de trabalho e aspecto básico da liberdade de associação sindical (STOLL, 2007, p. 148).

Curiosamente, ao dar a concretização precária ao direito de greve dos servidores no Mandado de Injunção nº 712, o próprio Supremo Tribunal Federal tratou de compatibilizar a Lei nº 7.783, de 19892, na parte em que trata da necessidade das tentativas de negociação antes da deflagração de greve3, e a partir disso passou a condicionar a legalidade das greves de servidores à precedência das negociações4.

Mas tal fato não pode ser concebido como superação da jurisprudência contrária ao direito de negociação coletiva, pois o Supremo Tribunal Federal exigiu a tratativa apenas como ato *pro forma* para a deflagração da greve, vale dizer, a aplicação daquela norma não assegurou aos servidores a efetiva participação e representação no estabelecimento das condições de trabalho tal como funciona para os demais trabalhadores regidos por esse diploma. Tanto é que, em seguida, a Corte voltou a negar o direito de negociação coletiva para os servidores5.

5 Por exemplo, no ARE 647436 AgR.

Na sequência, à luz da teoria de Hart Ely, perceber-se-á que, ao analisar esse contexto constitucional aberto em que inserida a negociação coletiva, porque baseado em tradição doutrinária que prega uma concepção da legalidade e da supremacia do interesse público que não recepcionada pela Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal impediu que os servidores alcançassem a negociação coletiva sem buscar alternativas interpretativas para viabilizar a efetiva participação da categoria no debate sobre a construção do ambiente de trabalho.

3. A falha no reconhecimento de um procedimento democrático

Da aula de Arion Sayão Romita, é possível compreender que o Supremo Tribunal Federal não se atentou para a diferenciação entre negociação coletiva e acordos ou convenções:

A convenção e o acordo coletivo são o resultado da negociação, quando esta chega a bom termo e exige a celebração de um ajuste formal. Os instrumentos normativos não se confundem com o processo de negociação. Nem sempre a negociação culmina com uma negociação formalmente celebrada. A omissão do art. 39, parágrafo 3º, não importa a vedação do direito de negociação. Este subsiste, embora a Constituição não estenda expressamente aos servidores públicos o reconhecimento da convenção coletiva. Negociação não é o mesmo que convenção coletiva. (ROMITA *apud* JORGE NETO & CAVALCANTE, 2010, Tomo II, p. 1.476).

A negociação coletiva é um procedimento do qual pode - mas não é obrigatório – desencadear na confecção de acordos ou convenções (essas tratativas podem gerar, inclusive, pactos para não serem alteradas as condições de trabalho), daí o porquê de ser um aspecto básico da liberdade sindical de caráter instrumental passível de ser alcançado por todos os trabalhadores. Por isso, ainda que não fosse previsto expressamente, o direito à negociação coletiva dos servidores públicos é certa consequência da garantia da associação sindical e do direito de greve (STOLL, 2007, p. 148). É que:

A razão pacífica da existência dos sindicatos consta no inciso VI do artigo 8º da Constituição da República, em que torna 'obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho'. Isso revela que a previsão da associação sindical para os servidores foi justamente para assegurar a negociação coletiva para a categoria. (BARBOSA, 2012, p. 40)

Mas, ao analisar esse contexto aberto, por ter focado apenas no temor de alterações salariais sem previsão legal, e não no procedimento em si, o Supremo Tribunal Federal não foi capaz de compreender tal diferenciação porque se abraçou em doutrina clássica sobre a legalidade e supremacia do interesse público, que reitera a tradição da submissão inconteste dos servidores à Administração.

No entanto, segundo Hart Ely, o uso de conceitos impregnados pela tradição como critério interpretativo prejudica o desenvolvimento do processo democrático e a defesa das minorias, porque tende a perpetuar a dominação das maiorias:

Existem, contudo, graves problemas teóricos com a tradição entendida como fonte de valores constitucionais. O caráter abertamente nostálgico dessa abordagem salienta sua natureza não democrática: é difícil conciliar com nossa teoria de governo a hipótese de que as maiorias do passado (supondo-se que eram mesmo maiorias) devem controlar a maioria de hoje. É claro que a Constituição serve, entre outras coisas, para pôr freio às maiorias atuais. No entanto, essa observação apenas aumenta os problemas de quem gostaria de fazer da tradição uma fonte de valores constitucionais, **já que as disposições para as quais estamos buscando uma fonte de valores foram escritas numa terminologia aberta para admitir a possibilidade de ulteriores desenvolvimentos**. (ELY, 2010, p. 82) (grifou-se)

A compreensão desse simples e eficaz procedimento de pacificação foi ofuscada pela legalidade e supremacia do interesse público porque o Supremo Tribunal Federal ainda não fez uma releitura adequada ao contexto da Constituição de 19886. É que, para manter a efetividade desses postulados, faz-se necessária uma

6 Embora resistente à corrente procedimentalista, são oportunas as críticas de Lenio Streck sobre a falta de uma "teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico" (2012, p. 47), no caso, a Constituição de 1988. "interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural" (MENDES, 2008, p. 15).

Vale dizer, não poderia haver a prematura imposição da legalidade e da supremacia do interesse público - como antes ocorria em sua interpretação estrita - sem que fossem buscadas alternativas de convivência compatível com a negociação coletiva.

Primeiramente porque a negociação coletiva não poderia mesmo ocorrer à revelia da legalidade, pois:

> [...] não se trata, portanto, de ignorar o valor da lei e de suas dimensões como constitutivas de uma sociedade democrática, mas de ressignificar o seu papel social, permitindo sua interação com a sociedade e evitando-se absolutizar o seu sentido. (DEMARI, 2007, p. 65).

Depois porque, segundo Humberto Ávila, não há que se falar em força normativa da supremacia do interesse público sem que seja sistematizada com as demais garantias constitucionais:

Não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse 'princípio'. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. (ÁVILA, 1999, p. 126-127).

A falta desse esforço interpretativo adequado ao novo cenário constitucional, necessário para superar as concepções tradicionais acerca da

legalidade e da supremacia do interesse público, impediu a efetivação de um procedimento democrático de participação de minorias, conforme explica Michelle Patrick Fonseca de Moraes:

> [...] em arremate, o reconhecimento da possibilidade de negociação coletiva dos servidores públicos civis com o Estado demonstra amadurecimento no exercício da soberania e respeito à democracia participativa, pilar do Estado Democrático de Direito, que não pressupõe, de forma simplista, apenas o predomínio da vontade da maioria sobre a minoria, mas também a possibilidade de diálogo com a minoria [...] (MORAES, 2006)

Sabe-se que, mesmo com a declaração da inconstitucionalidade da negociação coletiva na relação estatutária pelo Supremo Tribunal Federal, o servidores criaram um "jeitinho brasileiro", que passa ao largo da legalidade, para forçar o diálogo com a Administração Pública, pois:

> [...] diferentemente da iniciativa privada, que só pode fazer greve após frustrada a negociação coletiva ou não cumpridos os seus termos (artigos 3º e 14 da Lei nº 7.783, de 1989), os servidores paralisam as atividades para coagir a Administração à aceitar as reivindicações da categoria, e a partir de então inicia-se o diálogo no setor público. (BARBOSA, 2012, p. 61)

Ocorre que esse tipo de negociação "clandestina" cria um *parassistema administrativo*, vez que feita sem quaisquer parâmetros normativos que possibilitem o controle da atuação administrativa, o que gera dúvidas sobre sua legitimidade por seus fundamentos não serem devidamente expostos à coletividade:

O acima afirmado pode ser exemplificado com o que se passa amiúde em relação ao modo como surgem certas normas estatutárias da função pública. Se um certo grupo de servidores, representado por um sindicato, associação ou mesmo comissão temporária, logra acesso aos dirigentes da administração pública para negociar certos interesses, é possível que ele venham a conquistar certos privilégios que, embora considerem legítimos direitos, poderão estar em franco confronto com padrões de legitimidade e de razoabilidade na aplicação das normas e princípios constitucionais. Podem alcançá-lo sob o manto de uma "legítima negociação", mas só aparentemente, pois nem os fins justificam os meios, nem estes podem ratificar qualquer resultado. Neste caso, estaremos diante de lobby sem legitimidade. (ARAÚJO, 2011, p. 242).

E isso gera um ciclo vicioso, pois, uma vez que não possuem o dever legal de cumprir com as promessas anunciadas nessas negociações clandestinas, não raro os Administradores ignoram a palavra dada nos acordos, atitude que faz com que os servidores deflagrem novas greves7:

7 Segundo o Balanço das Greves em 2012 feito pelo DIEESE (2013), as paralisações no setor público que reivindicam o cumprimento de promessas da Administração alcançou 51,8% do total de greves da categoria.

É claro que, nessas circunstâncias, o Administrador reserva-se a possibilidade de descumprir o que foi legitimamente acordado, considerando-se que, caso a Administração não cumpra a sua parte, os sindicatos não contarão com a tutela judicial, posto que o Poder Judiciário brasileiro já declarou que a negociação coletiva entre servidores públicos e Administração é inconstitucional. (DEMARI, 2007, p. 146-147)

Em razão da falha no reconhecimento da negociação coletiva pelo Supremo Tribunal Federal - que, de acordo com o contexto de 1988, veio justamente para colocar dentro da legalidade os pactos antes realizados informalmente -, faz com que, de um lado, inúmeras greves no serviço público sejam deflagradas em decorrência da falta de abertura de espaço pela Administração Pública para dialogar, do outro, decorrem de reivindicações dos servidores que passam ao largo das possibilidades legais do Poder Público e que, evidentemente, não podem ser atendidas (pois, na clandestinidade, seria ingênuo acreditar que haveria alguma preocupação sobre o que a Lei permite ou não).

O Congresso Nacional ainda se esforça na correção dessa falha, no entanto, em razão do impasse, as entidades representantes de servidores preferem a institucionalização da negociação coletiva antes da discussão sobre a greve (com receio da limitação do seu exercício), enquanto a Administração prioriza a regulamentação da greve em vez da negociação coletiva (pelo temor de ver mitigada a sua autoridade na condução da máquina pública), e assim ambos ignoram o fato de que os assuntos devem ser tratados conjuntamente porque são indissociáveis da estrutura da liberdade sindical8.

8 É o que evidencia o noticiário disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/20/greves-de-servidores-centrais-querem-incluir-regra-para-negociacao-coletiva-em-regulamentacao>, acesso em 16/07/14; <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/462513-RELATOR-PODERA-INCLUIR-NEGOCIACAO-COLETIVA-NO-PROJETO-DE-LEI-DE-GREVE-DE-SERVIDOR.html>, acesso em 16/07/14; <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Servidores-cobram-direito-de-greve-mas-rechacam-proposta-do-PSDB/4/30554>, acesso em 16/07/14.

Esse clima de mútua desconfiança, gerado pela interpretação negativa do Supremo Tribunal Federal acerca da negociação coletiva, analisado à luz da teoria de Hart Ely, revela o mau funcionamento do processo democrático que deveria permear o serviço público, pois a Administração obstrui os canais da mudança política para continuar impondo unilateralmente as condições de trabalho e alijar os servidores do processo construção do ambiente de trabalho (ELY, 2010, p. 137) - e, como se viu, em certa medida, as entidades representativas de servidores contribuem para tal quadro.

E também ao apreciar a imposição do dever de “negociar” aos servidores antes das greves, como mero ato formal para retardar ou conter o início das paralisações, mas que na prática não prioriza a autonomia coletiva dos servidores (sequer a isonomia no diálogo sobre as condições de trabalho assegurada aos demais trabalhadores), a teoria de Hart Ely revela que o Supremo Tribunal Federal acabou por negar “a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos” (ELY, 2010, p. 137).

4. Conclusão

Hart Ely acredita que o Judiciário possui vocação constitucional para assegurar os procedimentos de participação democrática, vez que, “sendo especialistas em questões de processo e (mais importante ainda) estando à

margem do jogo político, estão mais bem qualificados e situados para executar do que as autoridades políticas" (2010, p. 117).

No entanto, como se viu, por conta da carga da tradição na interpretação desse contexto constitucional aberto em que inserida a negociação coletiva para os servidores públicos estatutários, o Supremo Tribunal Federal falhou no reconhecimento de um procedimento que assegura a representatividade democrática das minorias em associação sindical.

A interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal tem efeitos negativos que incidem diretamente sobre os administrados, pois:

O maior impacto da negativa à negociação coletiva para o setor diz com a continuidade do serviço público e com a eficiência, pois, numa conjuntura em que o Poder Público é o garantidor dos serviços indispensáveis para a maioria da sociedade, e sendo os servidores o meio de atuação do Estado nessa situação, entender a greve como o único meio de expressão da categoria é descuidar dos cidadãos que necessitam desses serviços. (BARBOSA, 2012, p. 13).

É de ser repensada, então, a atuação de uma Corte Constitucional que exerce a jurisdição contramajoritária em nome de um Estado Democrático de Direito, no entanto, na prática, não possui capacidade de reconhecer um mero procedimento democrático de defesa das minorias que, expressa ou implicitamente, visa fortalecer o direito de associação previsto constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARBOSA, Robson Rodrigues. **Negociação Coletiva na Administração Pública**: uma releitura da legalidade e da supremacia do interesse público. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 112 - BA. Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, 24 de agosto de 1994, **Ementário**, vol. 1.815-01, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=112&classe=ADI>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 492 - DF. Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, 12 de novembro de 1992, **RTJ**, Brasília, vol. 145-01, p. 68. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 559 – MT. Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, 15 de fevereiro de 2006, **RTJ**, vol. 199-01, p. 41. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266418>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, 25 de outubro de 2007, **Ementário**, vol. 2.339-03, p. 384. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558553>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 647436 AgR, Relator Ministro Ayres Britto, 3 de abril de 2012, **Processo Eletrônico DJe-081**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941270>. Acesso em 31 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 13.364 MC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2 de março de 2012, **Processo Eletrônico DJe-047**.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3120245&tipoApp=RTF>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 456.530 ED, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, 23 de novembro de 2010, **Ementário**, vol. 2.454-04, p. 972. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=618184>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

CARRASCO, Manuel Correa. **La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletin Oficial del Estado, 1997.

CHEIBUB, Zairo B. **Reforma administrativa e relações trabalhistas no setor público**: dilemas e perspectivas. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2000, vol.15, n.43, p. 115-146. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092000000200007>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

DEMARI, Melissa. **Negociação coletiva no serviço público**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

DIEESE. **Balanço das Greves em 2012**. Nº 66 – Maio de 2013. Disponível em <http://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2012/estPesq66balancogreves2012.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GERNIGON, Bernard; *et al*. **A negociação coletiva na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

MORAES, Michelle Patrick Fonseca de. **A negociação coletiva de servidor público civil no regime da Constituição Federal de 1988**: a curiosa e recente experiência dos controladores de tráfego aéreo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.274, 2006 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9331>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Apud* JORGE NETO, Francisco Ferreira e & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER E OS PARADIGMAS NA UTILIZAÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Lidia Cunha Schramm de Sousa[2]

Michael Lima de Jesus 2

RESUMO: Este trabalho apresenta os elementos fundamentais da postulação hermenêutica feita por Hans-Georg Gadamer, para que sejam estes sejam utilizados no campo da hermenêutica jurídica como metodologia necessária na análise de situações que carecem de um sopesar fundado.

Palavras-chave: Fenomenologia, Hermenêutica Filosófica, Hermenêutica Jurídica, Hans-Georg Gadamer

ABSTRACT: This work presents the core elements of the hermeneutic postulation assembled by Hans-Georg Gadamer, in order for them to be used as a methodology of the juridical hermeneutics in the analisys of those situations that need a supported weigh up.

Keywords: Phenomenology, Philosophical Hermeneutics, Juridical Hermeneutics, Hans-Georg Gadamer.

1. INTRODUÇÃO

Como escopo metodológico, por assim dizer, o presente trabalho utiliza da proposta hermenêutica (hermenêutica fenomenológica-filosófica) feita por Gadamer. Para tanto, torna-se necessário desvelar, mesmo que de forma breve, os traços fundamentais dessa perspectiva hermenêutica que serão balizadores para o intérprete jurídico. Para, além disso, perceber como as premissas se

1 Mestra em Direito e Instituições de Sistema de Justiça pela UFMA, especialista em Direito Constitucional pela Universidade CEUMA, ex- professora substituta da UEMA e da UFMA. Assessora jurídica da SES/MA e professora de Direito Constitucional da Universidade CEUMA. Lidia_dt@hotmail.com

[2] Graduado em Direito pela Universidade CEUMA. E-mail - herrlima@outlook.com

relacionam com o posicionamento hermenêutico jurídico majoritário e como estas podem nortear uma decisão judicial.

2. Traços fundamentais de uma teoria de experiência hermenêutica

A descrição dos traços fundamentais que norteiam a compreensão hermenêutica de Gadamer dispõe-se de forma sistemática em sua obra "Verdade e Método". Esta é fruto desenvolvido pela influência de Martin Heidegger[3], sendo este outrora seu professor na *Philipps-Universität Marburg*, num certo sentido, o trabalho de Gadamer pode ser tomado como um complemento, por assim dizer, ao feito por Heidegger previamente.

Ambos possuem como marco o evento conhecido como a virada da linguagem. Em virtude desta, a hermenêutica deixa de ser vista como uma mera ajuda metodológica ou didática para outras disciplinas, sendo imersa num contexto mais amplo de atuação. Dessa forma, deixa de se referir apenas à comunicação tomada como simbólica e ininteligível, passando a ser contextualizada, de modo mais amplo, a toda vida humana e suas demandas de diálogo e interpretação.

Em "Ser e Tempo", obra publicada por Heidegger em 1927, este transforma o que até então vinha sendo discutido como um método (iniciada de modo elementar por Descarte[4] e desenvolvida por nomes como Schleiermacher[5], (por exemplo) em uma ontologia – a condição mais

[3] Há muito o que se analisar acerca da relação entre as obras de Gadamer e Heidegger. A própria noção de hermenêutica é extremamente obscura, devido aos seus diversos usos em diferentes contextos e autores. Podemos aqui indicar, ainda que com um recorte que foca em alguns conceitos mais fundamentais, certas considerações sobre a interpretação de Gadamer da hermenêutica heideggeriana e com isso compreender alguns aspectos da influência de Heidegger sobre seu célebre aluno, assim como suas diferenças. Nesse sentido, é certamente importante a apropriação de Gadamer da estrutura temporal e histórica da facticidade, que aponta para a condição do homem já sempre imerso em uma tradição determinada e sua projeção ao futuro enquanto está aberto para suas possibilidades. O aspecto, apontado por Gadamer, do papel fundamental dos prejuízos para a compreensão – o qual é desenvolvido amplamente em Verdade e Método – também encontrou, em grande parte, uma inspiração na posição heideggeriana.

[4] DESCARTES, René. **Discurso do método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

[5] SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica** - arte e técnica da interpretação. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

fundamental de ser/estar no mundo. E isso influencia diretamente a noção que o autor tem de termos como entendimento, interpretação e afirmação.

O estudo acerca de Heidegger orbita em torno do sentido do ser. Seu estudo não inaugura a indagação do sentido do ser, mas esta é fruto de centenas de anos e correntes de pensamentos que possuem as mais variadas compreensões de como o ser se define como tal, ou como pode ser compreendido como tal.

Essas compreensões possuem uma grande amplitude que vai do ininteligível ou transcendental (uma concepção dita na manifestação cristã medieval de o ser compreender-se como algo intangível a razão humana, possuindo extrema ligação com o divino e o desconhecido) até o *cogito* descartiano[6] e sua "inauguração" da possibilidade de desvelar o ser, no sentido filosófico de compreendê-lo como o ser, não de torná-lo um ente.[7]

Mesmo em meio às dificuldades encontradas pela metafísica tradicional, que se apresenta também como dificuldade na metafísica moderna, é notório o fato de o sentido da expressão ser estar costumeiramente ligada ao sentido de presença. Tal conceito, em um sentido de análise ampla, é aquilo que subsiste,

[6] A abordagem descartiana possui notável multiformidade hermenêutica, que se estende de uma ideia simplesmente factual – concebo a existencial do "ser", logo o reconheço como tal – até uma compreensão mais analítica deste, ou seja, encarando o "cogito" como a possibilidade do "ser" de compreender-se como o ente capaz de analisar o "ser" pela perspectiva do próprio "ser", analisando-o como sujeito onisciente.

[7] Quando é discorrido acerca do desvelamento do ser, isso em nada tem que ver com a possibilidade de reduzi-lo a um mero olhar simplista acerca de suas intermitências. Assim como não diz respeito a tomá-lo como um mero objeto de conhecimento por uma técnica multifórmica. Entretanto, o termo utilizado neste trabalho tem que ver com o "esforço" filosófico na produção de standards de racionalidade acerca deste ser, para que, partindo destes, o ser seja entificado, ou seja, torne-se conhecido em sua linguagem e historicidade, a medida do possível e ponderável. Isso é disposto no trabalho de Heidegger, de forma que, Ser e Tempo se inicia com uma análise preparatória para o estudo do sentido do ser. Tal estudo deve ser feito sumariamente em sua compreensão ordinária para que se evite o risco de afirmações precipitadas acerca de tal estudo (por exemplo, tomar esse elemento de estudo como premissa basilar para e reconhecimento do homem como tal), definindo estritamente, teorizar sobre tal aspecto sem havê-lo problematizado. Tal cuidado de inicial "imparcialidade" de teorização, leva a Heidegger a começar a questionamento acerca do sentido do ser partindo o que compreender como "cotidianidade" (*Alltäglichkeit*) ou o "termo mediano" (*Durchschnittlichkeit*). A análise do sentido do "ser" deve ser guiada partindo do seu modo mais comum a sua compreensão mais elaborada. A compreensão mediana não é uma estrutura ordinária que é privilegiada em relação as demais, mas mostra, precisa e inicialmente, a evidenciação da forma rasa e confusa como os homens compreendem o sentido do ser e, posteriormente, determinam o sentido de tal ser relacionado ao mundo.

aquilo que pode ser encontrado, aquilo que é[8], aquilo que está presente. Entretanto, a proposta deste estudo nos obriga a revisar a noção histórica que possuímos do ser, ideia que, como dito, em análise preliminar, se apresenta sumariamente ligada à ideia da presença - compreendida com uma específica relação temporal -, assim sendo, a relação de estudo do sentido de ser está ligada à noção de temporalidade, o tempo - que desponta como um grande referencial na obra de Heidegger.

Contudo, faz-se necessário determinar onde deve ser o ponto de partida do estudo para a compreensão possível do ser, bem como daquilo que se pretende desvelar. Heidegger, em "Ser e Tempo" orienta a referida questão utilizando-se do balizamento de três questões fundamentais, ou pólos, sendo eles: "de um lado, há aquilo que questionamos, o questionado (*das Gefragte*), o que perguntamos a seu respeito, o perguntado (*das Erfragte*), e aquilo que perguntamos para obter, a respeito do questionado, o perguntado: o interrogado (*das Befragte*)"[9].

Toda essa sistemática reflete na forma da descrição que o autor faz acerca do "círculo hermenêutico"[10] heideggeriano. Para Gadamer[11], o grande fundamento da hermenêutica de Heidegger revela-se não em fundamentar a necessidade e precisão de um círculo, mas de esse círculo incentivar e direcionar

---

[8] Na decisão de partir de tal pressuposto já está implícita a ideia mediana do ser; essa ideia compreendida é uma imagem da qual o estudo deve partir de princípio, não em busca do seu endosso. O próprio conceito de compreensão elaborado por Heidegger em Ser e Tempo reconhece como essencial toda compreensão dos preconceitos existentes na problemática, um horizonte preliminar, aberto e universal, antes que se amplie a compreensão desta, e necessário conhece - lá. Aliada a compreensão do sentido do ser estão aliados alguns preconceitos fundamentais para a construção de tal pensamento. O conceito do "ser" não é o mais universal que possuímos, sendo o de compreensão mais vazia e indefinível, pois toda "definição" do se deve empregar algo definido ao anunciar que o mesmo o "é". A universalidade de tal conceito não pode ser tomada como um argumento de endosso da nociva abstração de toda ontologia. Na verdade, essa universalidade deve ser tomada como um problema. A metafísica tradicional demonstra a problemática em conceitos do "ser" como uma unidade de analogia, e um ser relativo aos gêneros, como "transcendental".

[9] DUBOIS, Christian. **Heidegger:** uma introdução a leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor., 2004. 15 p.

[10] Este, em resumo, versa que para a compreensão de um assunto ou texto, é necessário estar "aberto" à opinião do autor, pois o texto em si revelará sua opinião ou desígnio. Esta, mesmo que coadune com a opinião "daquele que lê", deverá ser "escutada" se é pretendido tomar está com sua própria compreensão "como tal". Esse processo circular, inicia-se na compreensão prévia que o interprete carrega do texto, e posteriormente esse se adequa ao que se quer dizer neste.

[11] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 13. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes. p. 355

um esforço ontológico positivo de um “rever” de pontos argumentativos mesmo que supostamente já conhecidos.

Um dos cernes do trabalho de Gadamer reside em sua reflexão acerca da “metodologia” utilizada principalmente pelas ciências sociais para o nortear de sua investigação e deduções acerca de demais assuntos. Sua afirmação sustenta haver uma “confusão entre metodologia e técnica - uma confusão que viciou o significado ou a sustentabilidade de suas pretensões”.[12]

Partindo desse pressuposto, a apreensão correta do que pode se definir por metodologia é que esta não é uma mera “questão de suas técnicas transitórias, mas de sua lógica de justificação”.[13] Posto isto, o método deve ser compreendido como um “fundamento lógico em que baseia a sua aceitação ou rejeição de hipóteses ou teorias”.[14]

Gadamer utilizar a palavra *Vorurteile* (preconceitos) para referir-se a ao sistema referido por Heidegger no que tange à questão dos pré-juízos, ou pré-conceitos. A metodologia proposta por este para esse olhar hermenêutico, postula-se no intento de que a posição prévia (*Vorhabe)* seja maturada pelo compreender do que se propõe o estudo. Dessa forma, a visão prévia (*Vorsicht*), envolvida por um pré-conceito, tende necessariamente para uma maturação, a ponto de a concepção prévia (*Vorbegriff*) ser ampliada quando comparada à concepção final do que se estuda.

Seu modelo não propõe uma negação da posição, visão e concepção prévia. Na verdade, qualquer estudo consiste na aproximação ante a completude que se refere ao *Dasein*, ou seja, o ser-aí. Este é o que é por sua formação história e de linguagem. Contudo, no que concerne a interpretação, mesmo que a aproximação do estudo seja iniciada com toda a “carga prévia” do ser, o desenvolver deste deverá implicar do despir dessa pré-conceituação para um modelo tido por base na coisa por-si ou em-si.

---

[12] GADAMER, Hans-Georg. **Herança e futuro da Europa.** Lisboa: Edições 70, 1998, 21 p.
[13] RUDNER, Richard S. **Filosofia da ciência social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1969, p. 19
[14] RUDNER, Richard S., Lop. Cit., 19 p.

Ainda no que tange à aproximação, para o intérprete, segundo Heidegger, não faz sentido que este se dirija "diretamente aos textos a partir de sua opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validez".[15]

Dessa feita, a "tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão"[16]. De forma que o intérprete não seja movido por seu discurso e compreensão em si. Contudo, que o seu compreender, envolto em discursos e opiniões próprias, sejam envoltos abertos para a comunicação do que se estuda, ou daquilo que se intenta apreender[17].

De acordo com Heidegger, a hermenêutica passa a ser compreendida pelo que este denomina como fenomenologia da existência, por motivo de aquilo que se intenta desvelar, e é postulado como objeto de interpretação, deve ser visto e analisado de acordo com as suas possibilidades de existir e de se manifestar por meio das alternativas que se dão em cada tempo histórico, ou seja, analisar a relação de ser-no-tempo.

Heidegger desponta como vanguarda ao desvelar que o processo de compreensão é envolto de conceitos prévios, no que tange as especificidades de seu estudo. A despeito da significativa contribuição do pensamento de

[15] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 356

[16] GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 358

[17] Gadamer aponta que a compreensão apresenta uma estrutura espiral. Isso pela motivação de o intérprete abandonar o exercício hermenêutico com um carga de compreensão diferente daquele que ele entrou, mesmo que este não corrobore com o objeto estudado. Esse seria o "modelo" de interpretação de um texto por parte daquele que se propõe a apreendê-lo. Este, por sua vez, o insere em suas atividades interpretativas, suas impressões e pré-compreensões. O resultado obtido necessita ser permanentemente reanalisado, uma vez que, com o passar do tempo, novos sentidos são dados ao objeto de estudo. Os novos sentidos descritos superam e ultrapassam as pressuposições anteriores, pois, todo processo de compreensão continua dialeticamente a determinar-se e formar-se no outro, o que remete a compreensão da "verdade presente", ou "espírito presente". Ao mesmo passo, para a hermenêutica filosófica de Gadamer, o método não resume uma espécie de fórmula para o desvelar da verdade, sumariamente por ser a obtenção de uma verdade absoluta (correta, exata) é algo inviável para o ser humano — do ponto de vista das ciências do espírito e do estado fenomenológico humano. Desta forma, conforme dispões Gadamer, a hermenêutica se postula com prioridade ante de qualquer método científico, e por isso, a verdade é discutível e para ser aferida depende, obrigatoriamente, da situação hermenêutica do intérprete que esteja aplicando o método. Segundo este, ao realizar a sua tarefa interpretativa, "o ser" do intérprete jamais poderá se dissociar daquilo que se dá à interpretação, uma vez que o intérprete e o objeto analisado coexistem em um mesmo mundo, não podendo ser vistos como duas coisas isoladas. Partindo desse pressuposto, Gadamer demonstra que toda interpretação é o resultado de uma compreensão histórica e, é por isso que toda interpretação se situa na História — instaurando, pois, uma relação de diálogo entre hermenêutica e história.

Heidegger para a hermenêutica, o surgimento da hermenêutica contemporânea é atribuído a Hans-Georg Gadamer. Esse fato se dá pelo filósofo conduzir seus estudos para o que ficou conhecido como giro hermenêutico, inaugurando, na hermenêutica, o que se pode atualmente conceber como um repaginar da hermenêutica filosófica.

Utilizando como escopo as conclusões obtidas por Heidegger, Gadamer se posiciona de forma desfavorável à concepção - típica da hermenêutica tradicional do século XIX - de ser a verdade consequência lógica da aplicação de um método científico (clássico). Dessa forma, como seu livro Verdade e Método[18], a postulação de Gadamer pode ser tomada com o intento de sustentar a ideia de verdades *versus* o método.

Sendo a hermenêutica um campo da filosofia que além de possuir um foco epistemológico, para Gadamer, também possui o caráter de estudar o fenômeno da compreensão por si mesmo, ou seja, estudar este como tal, Gadamer não se ocupa apenas com a compreensão do fenômeno em tese, mas também com a operação intelectiva humana do compreender.

Por esse motivo, para além da compreensão, há de se falar da interpretação e da aplicação. "Esses três momentos devem perfazer o modo de realização da compreensão"[19]. Para Gadamer, esses três são considerados como um processo unitário. Não há de se falar na possibilidade de distintivamente compreender o texto sugerido, para que então se interprete e posteriormente seja feita a aplicação do que, até então, se apresenta como abstrato.

Sendo assim, o processo de compreender é um compreender-interpretar, assim como o interpretar é um interpretar-aplicar. De forma que a proximidade residente entre compreender e interpretar não dissocia a necessidade e recordação de ato unitário que constitui a aplicação.

---

[18]A obra publicada em 1960, deveria ter o título "Os fundamentos da hermenêutica filosófica". O título torna mais clara a intenção de Gadamer quanto a formulação de sua teoria hermenêutica. O mesmo não leva tal título pelo fato de a expressão "hermenêutica" ser considerada obscura para o leitor. "Verdade e Método" não possui a intenção de criar um método para que se encontre consensos ou conclusões, mas para que uma metodologia fundamental fosse traçada.

[19] GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 406

Por apresentar essa perspectiva, Gadamer sustenta a ideia de ser necessário tomar a hermenêutica filológica[20], a hermenêutica teológica[21] e a hermenêutica jurídica[22] como interdependentes entre si - no que diz respeito à conceituação maturada do que venha a ser hermenêutica, para que esta se defina como o “conceito pleno de hermenêutica”[23].

Por conseguinte, para a compreensão adequada de um texto, seja ele no escopo jurídico ou pertencente ao campo teológico, feito conforme os ditames e intermitências deste, em cada situação que este se aplica em sua temporalidade, ele deve ser visto - cada vez - de forma nova, única e distinta.

Dessa feita, a atitude de compreender, permeia também o campo da aplicação. Sendo assim, no processo de interpretação-aplicação jurídica, para além de se constituir um processo unitário, terá um novo “rever” sempre que submetido a uma nova interpretação-aplicação.

Dessa maneira, a hermenêutica não intenta sobrepor a dominação de situações à das ciências. Esta, contudo, por ser meio de compreensão, interpretação e aplicação, submete-se às afirmações e dialética do que se

---

[20] Com o surgimento do racionalismo e do método crítico, surge a necessidade de uma interpretação racional da Bíblia em detrimento da interpretação Tradicional. Nesse sentido é que temos a hermenêutica filológica como uma metodologia filológica geral que desenvolvia técnicas de análise gramatical e histórica salutares, onde a Bíblia receberia um tratamento aplicável a todas as obras. A reforma resgata e apura o estudo hermenêutico no que tange as línguas semitas. Já no caso da filosofia como hermenêutica filológica, a mesma se destina essencialmente ao estudo dos

[21] O termo se refere ao estudo sistemático do texto bíblico. Para que possa ser feito em sua completude, ele se destina sumariamente ao estudo filológico do texto, ou seja, do hebraico bíblico, aramaico e grego *koioné*. Não se trata de mera tradução, mas do solucionar de desafios em tal processo. Tais como idiotismo (Situações em que a língua para qual será traduzido o texto não possui palavra que descreva a palavra a ser traduzida. Um exemplo clássico é a palavra hebraica *bara*, que indica uma criação feita sem que tenha existido matéria prima. Esta é usada em Gênesis 1.1 e não possui correspondente das línguas latinas ou mesmo germânicas), questões semânticas (O sentido da palavra a ser traduzida não possui o mesmo valor semântico da palavra correspondente) e problemas de vocabulário (Um exemplo é a palavra pecado. Calculando os correspondes hebraicos e gregos soma-se quase 12 palavras com compreensões diferentes. Enquanto o português possui uma única palavra para tal). Feito tal processo, é necessário contextualizar a palavra ao tempo em que foi escrita. Isso diz respeito ao desvelar do conteúdo histórico que carrega o texto. Após os passos introdutórios, é necessário contextualizar a compreensão apreendida do texto com toda a sistemática da bíblia. Só então, poderá ser feita uma aplicação correta do texto.

[22] Uma das acepções sobre a hermenêutica jurídica refere-se à interpretação do "espírito da lei", ou seja, de suas finalidades quando foi criada. É entendida no âmbito do Direito como um conjunto de métodos de interpretação consagrados. O objeto de interpretação privilegiado do Direito é a norma, mas não se limita a ela (pode-se interpretar o ordenamento jurídico, a lei positiva, princípios).

[23] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2013. Ibidem. p. 407.

pretende compreender. Por submeter-se e conter um papel social fundamental, a hermenêutica põe-se em função de serviço, não de servida.

Gadamer também aponta como traço fundamental de um exercício hermenêutico a primazia da pergunta. Posto que a forma, intento e frequência que esta será feita, no escopo de um processo dialético, determinará - ou não - a relação entre o questionado, o perguntado e o interrogado. Sendo a primazia da pergunta hermenêutica destinado a analisar o último, ou seja, o interrogado.

Até então o discorrer dos traços fundamentais hermenêuticos apontam para a relação entre aquele que interroga e a quem se interroga, seja texto, objeto de conhecimento ou ser. Contudo, o que se interroga ou a forma que se interroga é processo fundamental para o desvelamento do que se pretende apreender. Bem mais que obter as conclusões corretas, fazer os questionamentos certos desponta como premissa fundamental.

Essa determinante experiência hermenêutica baseia-se na fundamentação do "saber que não sabe"[24], ao mesmo tempo que este "não saber" se apresenta de forma sábia e sistemática. Dessa forma, toda pergunta deve possuir um sentido, não sendo este com o propósito de formar um diálogo sofista para que a visão, compreensão e posicionamento prévio sejam fixados como corretos.

Dessa forma, o sentido do questionar deve estar intrinsicamente ligado com o desvelar. Esse deve ser o sentido de orientação fundamentada de todo questionamento feito. Feito com esse intento, o interrogado é posto sob a perspectiva daquele que deseja compreender e desvelar o fenômeno ou texto.

Gadamer ressalta que "na fala, quem só procura ter razão, sem se preocupar com o discernimento do assunto em questão, irá achar que é mais fácil perguntar do que responder"[25]. Contudo, encarar desta perspectiva, implica que este não perceba que esse movimento dialético-hermenêutico de fazer com que a norma ou princípio, como proposto no campo jurídico, "fale" mais

---

[25] GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p.473.
[25] GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p.474.
[25] GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 479.

claramente, à medida que a pergunta formulada seja mais clara e precisa, permitindo ao intérprete o moldar da sua “carga prévia” ante o assunto. Dessa forma, fazendo com que este se revele.

Sendo assim, no que concerne à hermenêutica filosófica, esta versa acerca de uma dialética permeada pela curiosidade e busca pela verdade posta pela sabedoria socrática, que é recuperada por Gadamer através da primazia da pergunta. A compreensão abre o caminho para a articulação do conhecimento, que só pode ocorrer com a pergunta sabiamente posta.

Esta estabelecerá limites para ambos os posicionamentos, quer proceder favorável ou para o posicionar desfavorável. Seu delimitar será proporcional a tantas quantas possibilidades haja no analisar da questão posta. Esta “chama-se dialética porque é a arte de conduzir uma autêntica conversação”[26].

A pergunta será indicativo de sentido, coerência, caminho, abertura e possibilidades. Movendo aquele questionamento para o gerar de enfrentamento, questionando, retirando a pacificação da “verdade outrora conhecida” em inércia e rompe com a massificação. A pergunta move o diálogo e este transforma o intérprete. A pergunta lança os interlocutores no aberto,permitindo o reconhecimento dos limites que envolvem a questão. A tese demonstra que esses limites podem ser reconhecidos no assumir da postura ética do diálogo hermenêutico.

Dado o diálogo, o intérprete já não é o que outrora fora. Nesta perspectiva, cabe destacar que, no processo do diálogo, “qualquer que seja seu desenlace, não é senão o desenvolver de uma comunidade originária, da qual os interlocutores não eram, ao começo, suficientemente conscientes”[27].

3. Os equívocos da autofundametação JURÍDICA

Há muito permeia o debate no campo jurídico acerca da definição do direito ser tomando como uma ciência no sentido de possuir uma técnica

---

[27] GUTIÉRREZ ALEMÁN, Carlos Bernardo. **Temas de FilosofíaHermenéutica:** conferencias yensayos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

fundamental e invariável, ou de esta possuir as suas bases mais voltadas para a metodologia das ciências sociais. Em nosso estudo, o solucionar desse questionamento não é mais proveitoso que o breve sopesar da real compreensão das duas esferas e a sua aplicabilidade. O conceito de ciência, sendo tomado como um "método científico invariável", apresenta uma multiformidade conclusiva, não só em seu conceito teórico, mas em sua aplicação aos demais campos.

Bittar[28] afirma que a ciência representa uma espécie de conhecimento, disposto de forma sistemática e disposto em um compêndio de postulados metodológicos. Esta parte de uma pretensão fundamental da construção do saber tido como adequado e certo. Dessa forma, este é dotado de validade universal e eficácia definitiva, ou seja, sua aplicação não conhece fronteiras no que diz respeito a território, nem tampouco sua validade conhece limites ou desuso em relação ao tempo.

Por certo, aparenta ser verossímil a perspectiva de ser a ciência um campo que possua uma pretensão fundamental de construir um produto final palpável, algo que transcenda a relação experimental regional. Por esse motivo a ciência provém de uma particularidade própria, inclusive em relação ao seu acervo metodológico.

Entretanto, mesmo não sendo esse o cerne do presente estudo, é primordial a compreensão da referida questão que trata a ciência como um campo metodológico-conceitualista. Mesmo essa possuindo um postulado de ser o seu método o mais preciso para a obtenção de uma verdade objetiva, não são raros os casos de falseamento de estudos que partem do utilizar do mesmo método, versando acerca da mesma temática, mas com motivações diferentes.

Ante isso, resta o questionamento se o campo jurídico faz parte da conceituação de ciência, como uma possível ciência jurídica (preliminarmente falando de tal temática). Somente estabelecendo essa questão seria possível, em tese, estabelecer os parâmetros da possibilidade de o direito "restringir-se" às perspectivas da ciência e ser considerado como tal.

---

[28] BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia de Direito**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26-27.

Segundo Arnold[29], o direito se assemelha a uma atitude, forma de pensar ou uma maneira de referir-se às instituições humanas em forma de ideias. Ela emerge como uma exigência do senso comum, de forma que as instituições que emanam deste simbolizem uma espécie de dever-ser. Sendo que, neste, coexistem limites e princípios com independência dos indivíduos que estão inseridos nesta relação.

Tender para a compreensão do direito como uma ciência, nos termos do exposto até então, é reformar a tentativa de “fixar definitivamente o limite entre direito e política”[30], e a “fixação do limite constitui já por si só o problema fundamental”[31]. O direito possui perspectivas que estão acima do acervo metódico da ciência, eles permeiam limites que estabelecem consensos universais e particulares da relação entre indivíduos.

É visível que o direito utilize a ciência para a normatização de seus regimentos; além disso, é intrínseco ao direito esse viés. Contudo, no que tange à forma como o direito se move para além de sua faceta normativa expressa, é o espírito jurídico presente que move sua essência.

Adotada uma compreensão de se assemelhar o direito a uma espécie de método científico numa tentativa de universalizar o direito em seu método, incita a possibilidade desse método tornar-se autossuficiente em si como uma formação própria dentro do campo jurídico.

Essa faceta é vista no campo jurídico quando o direito, em geral, pede à filosofia que o “venha socorrer mediante uma discursão epistemológica”[32], tomada somente como tal. Desvencilhando da filosofia o seu caráter e contribuição ontológica ante os casos hermenêuticos proposta à análise e/ou colisões a serem sopesadas. Dessa forma, a filosofia é tomada para que esta discuta meramente uma questão de método.

---

[29] ARNOLD, Thurman W. Sociologia delderecho. Caracas: Org. Aubert, 1971. El derecho como simbolismo. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47

[30] STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia:** limites de um paradigma. Ijuí: ed. Ijuí, 2004. p.152

[31] STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.153.

[32] STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.153

O que merece atenção nessa questão é que, tomada a filosofia nesses ditames, esta poderá servir para uma forma metodológica de conteúdo duvidoso. Essa realidade é desvelada - em termos extremos, claro - pelo filósofo alemão Arthur Schopenhauer, em sua obra “como vencer um debate sem precisar ter razão”. Tal obra é tomada pelo filósofo brasileiro Olavo de Carvalho como uma espécie de “manual de patifaria intelectual” baseado na dialética erística[33].

O risco de orbitar em torno de algo similar à dialética erística é recorrente quando a hermenêutica jurídica busca na filosofia somente uma forma de orientação superficial, quando desta não lhe é exigida uma “imagem filosófica do mundo, ou como uma moldura de orientação filosófica”[34].

Stein[35] compreende que, para que a racionalidade jurídica possa garantir orientação e validade intersubjetiva, este deve se basear em *standards*[36]de racionalidade. O direito, partindo do pressuposto desse *standard*, irá encontrar uma teoria filosófica que, além de orientar o levantamento de problemas e o conjunto destes a serem solucionados, permitirá o encontrar de posições e direções a serem incorporadas no campo jurídico.

O modelo de *standards* seria uma fuga para a mera utilização da filosofia para um caráter axiomático-dedutivo, formando uma discussão de caráter de proximidade ontológica maior que rompe o simplismo com que são tratados os pensamentos que fundamentam a racionalidade que existe *a priori* da motivação do intérprete.

Dessa feita, a metodologia de apreensão do ser vai além das “regras que definem as pretensões de validade por “verdadeiro”, “correto”, “plausível” e “com sentido”[37]. E, para Heidegger, essa questão está intimamente ligada à

[33] Ver a obra “Como vencer um debate sem precisar ter razão” de Arthur Schopenhauer.
[34] STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.155
[35] STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.156,157
[36] Este pode ser tomado como um vetor de racionalidade que representa os núcleos argumentativos de qualquer víeis filosófico que possua argumentação em níveis de transcendentalidade. Estes *standards* constituem uma estrutura mínima de conhecimento/experiência para a entificação em diálogo de algum objeto de estudo.
[37] STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.159

compreensão do *Dasein* como um ser-aí, um ser que se explicita em sua temporalidade.

4. A hermenêutica jurídico-filosófica e o rompimento hermenêutico dos “conceitos centralizados em si”: “verdade contra o método” e o papel da phronesis aristotélica na elaboração do problema hermenêutico

Para que a hermenêutica gadameriana desponte ante o estudo proposto, faz-se necessário analisar o papel da phronesis discorrida nos estudos de Aristóteles e a forma como ela é utilizada no estudo de Gadamer. Sumariamente, o papel da phronesis[38] aristotélica na teoria hermenêutica gadameriana[39] não é postulado como uma simplória utilização ou reutilização de ideia posta. Para além disso, Gadamer utiliza a *phronesis aristotélica* como uma inclusão consciente, deliberada e assumida[40].

Para Gadamer, a problemática sobre a qual este se debruçava estava intimamente ligada à análise desenvolvida por Aristóteles em suas investigações éticas. Para o filósofo alemão, o problema posto pela hermenêutica poderia ser disposto pela questão que indaga o sentido de uma mensagem transmitida através da tradição, sendo que esta, determinada pela situação histórica presente, possui multiformidade de se apresentar, postular e compreender ante um caso concreto[41].

---

[38] A phronesis como referida neste estudo é no sentido pertinente ao indivíduo propriamente dito, pois ainda há outros sentidos: "como economia; como legislação. Como política; em sentido deliberativo e em sentido judiciário ". BITTAR, Eduardo C. B. Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico. Barueri. Manole, 2003. p.1069.

[39] "O encorajamento sem dúvida mais significativo para a consideração da atual idade da determinação aristotélica do saber prático veio da reabilitação da phronesis (ou inteligência prática), proposta em Verdade e Método, e depois várias vezes desenvolvida por Gadamer". VOLPI, 2003, p.644.

[40] "De fato Gadamer [...] ao tratar da ‘atual idade hermenêutica de Aristóteles’ a propósito da " recuperação do problema hermenêutico fundamental [...] busca na noção aristotélica de ‘phronesis’ [...] a elucidação da tese hermenêutica fundamental de que toda a compreensão envolve aplicação". FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Phronesis e interpretação jurídica. Boletim Jurídico. Ano IV. Nº 186. Uberaba. Fev. 2006. Disponível em http://www.anpt.org.br/biblio/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=7024&descricao=artigos. Acesso em 20 de abril 2014.

[41] GADAMER, Hans-Georg.**O problema da consciência histórica.** Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p.47.

Volpi compreende que em "Verdade e Método”, Gadamer apresenta sua apreensão de interpretação como um resultado, em parte, de uma visão neo-aristotélica do trabalho feito por Heidegger. Nesta, ética e política são firmadas na hermenêutica como pertencentes a uma escola alemã que se opôs à corrente kantiana por se postular uma ética "da discussão, de caráter universalista, deontológica, formalista e cognitiva"[42].

O estudo da *phronesis* traz novamente à tona o orbitar hermenêutico da filosofia prática. Nesse sentido, ao utilizar-se o termo filosofia prática, evocaram-se no cenário filosófico alemão alguns outros conceitos aristotélicos. Sendo tomada como principal a afirmativa de que há uma forma de expressão da racionalidade diferente da científica, seja esta no sentido de uma técnica em si para obtenção da verdade, que seria a filosofia prática.

Portanto, como diferenciação sumária entre a filosofia prática e a teórica, ressalta-se o fato de a segunda intentar tomar a verdade como um fim para si mesma, posto que a filosofia prática se utiliza da verdade como meio para ação enquanto fim último. Por esse motivo, a filosofia teórica, no que tange à noção de temporalidade, dá-se envolta da “atemporalidade” e utiliza-se de elementosextemporâneos, enquanto a prática acontece ante um ato com pressupostos que orbitam ante a contingência do momento[43]. Por esse motivo, o neo-aristotelismo presente em Gadamer é identificado como uma parte fundamentadora de sua formação ampla.

Na estruturação proposta por Polesi, a filosofia corrente de filosofia prática alemã a que Gadamer pertencia, apontava como necessidade sumária para o postular do pensamento aristotélico, o distinguir entre o agir do produzir, o saber prático-ético do saber prático-técnico, ou seja, *phronesis* de *téchne*. Tal postura confronta a ideia de uma racionalidade puramente descritiva, e que a mesma seja fundamentada numa neutralidade técnica. O modelo é contrastado

[42]VOLPI, Franco. Filosofia prática. In: CANTOSPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral.** Tradução de Magda Lopes São Leopoldo. UNISINOS, 2003, p. 643

[43] BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles.** Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo. Loyola, 1998. p.115.

ante um saber prudente, concreto, que orienta o ser no agir humano para a escolha de seus fins[44].

Para Volpi, os filósofos que basearam seus trabalhos nessas premissas mantiveram como fundamental a exigência de reconhecer o momento cognitivo como o momento atualizador do agir. Dessa feita, os neo-aristotélicos debruçam-se ante a reconciliação entre razão e decisão. De forma que fosse desvelada a dicotomia do pensamento moderno no que tange à "racionalidade universalista dos princípios do agir e a contextualidade histórica dos usos e das instituições concretas nas quais o agir encontra sua realização"[45].

Por emergir no contexto desse diálogo, a hermenêutica gadameriana assumiu o papel de expressão maior da filosofia prática em termos de hermenêutica. Ante isso, possuindo esta um conteúdo de caráter prático, faz-se possível sua utilização em campos que necessitam de um decidir prático como a hermenêutica jurídica[46].

Apresenta-se como um dos pontos fundamentais para a aplicação da *phronesis* ante a colisão de direitos fundamentais a afirmativa aristotélica de que a phronesis não se relaciona apenas com os "universais"[47], o que se traduz habitualmente por "gerais", mas também, e principalmente, com os "particulares", ou seja, os casos concretos e o mundo contingente ao qual cada um pertence. Tornando-se, portanto, a phronesis ou sabedoria prática para ser utilizada por analogia, modelo ou paradigma como solução do problema da hermenêutica de Gadamer.

Embora seja conhecido que a ética de Aristóteles não se atenha ao problema hermenêutico propriamente dito, assim como a sua dimensão

---

[44]POLESI, Reginaldo. **O papel da phronesis aristotélica na elaboração do problema hermenêutico em "verdade e método".** São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008,p.76

[45] VOLPI, Op.cit. 2003, p. 646

[46] Para Lauand (2004), na hermenêutica gadameriana compreender é apenas parte da phronesis , "a outra par te, ainda mais decisiva (literalmente), é transformar a real idade vista em decisão de ação: de nada adianta saber o que é bom, se não há a decisão de realizar este bem " LAUAND, Jean. Saber decidir: a virtude da *prudentia* . **Notandum**, Ano VII, Nº 11, 2004. Disponível em http://www.hot topos.com/notand11/jean_mauro.htm. Acesso em 19 de abril 2014.p. 1.

[47] "Aristóteles ilustra isto em alguns momentos da sua obra. Por exemplo, em Metafísica A, 1, 981 a 20 - 25, ele afirma que 'quem conhece o universal ignorando o particular nele contido enganar - se - á muitas vezes (...).'. Aplicando este raciocínio à problemática da vi r tu de, podemos dizer que um ato de coragem não é possível apenas pelo conhecimento de que esta é" PAIXÃO, 2003, p.1.

histórica, baseando-se no questionamento acerca do papel que deve assumir a razão em todo comportamento ético, é exatamente nesse quesito que esse papel da razão e do saber revela analogias surpreendentes na esteira do papel do saber histórico[48].

Tomando esse sentido como premissa, a obra de Gadamer repousa no esforço de desvelar o que ainda não fora visto e transformar o conceito original dedicado à ética em um novo conceito, por analogia, modelo ou paradigma, com perfeita aplicação em sua teoria hermenêutica[49]. Disso resulta, portanto, como apontado pelo próprio Gadamer, uma constituinte de solução para seu problema hermenêutico.

Quando aplicado ao estudo do presente trabalho, o prudente ou intérprete apresenta-se um sábio possuidor de outro tipo de racionalidade, aquela que vai além da visão deste anterior ao caso, bem como de uma técnica ou metodologia através da qual pretende-se obter a verdade. Quando visto, portanto, uma colisão que orbite em torno de princípios, para além de ser aplicada uma mera técnica ou compreensão prévia.

O intérprete jurídico põe-se além da mera postura de tomar o direito como ciência,no sentido de ser meramente técnica, perpassando previamente por questões que o “prudente” necessariamente irá se confrontar. Essa ideia esclarece o estudo proposto, quanto ao utilizar da hermenêutica para uma resposta adequada aos dissídios jurídicos que carentes de maior apreciação fundada. No sentido de não pretender esta uma mera elucubração vaga em detrimento do caso.

Sumariamente, a postura tomada caminha e necessita de uma decisão ao final de seu esforço hermenêutico. Contudo, antes que este seja dado a cabo, necessita encarar o caso como único e pertencente a uma temporalidade e contexto. Haja vista, o mesmo não é solucionado pelo mero utilizar de um artigo em lei que preveja o ocorrido, mas evoca a necessidade de um intérprete ante o

---

[48] GADAMER, Op.cit. 1998, p. 49

[49] "Esta limitação específica na referência à filosofia prática aristotélica não impediu a afirmação gadameriana da atual idade da phronesis de receber um sentido mais amplo e de ser então dissociado do problema hermenêutico particular com relação ao qual ela foi mantida". VOLPI, 200 3, p.64 4.

conflito de direitos-princípios norteadores que se "confundem" e que necessitam de um esclarecer decisivo.

5. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial

Para compreensão de Gadamer[50], uma intepretação que apresenta caráter definitivo é encarada como uma contradição em si mesma. Posto que a interpretação apresenta caráter de constante mobilidade, sendo que não conclui nada, senão momentaneamente. A interpretação tem que ver com a finitude do ser que a realiza, assim como a finitude do conhecimento deste.

Dessa maneira, o intérprete jurídico deverá se portar não como o detentor supremo de uma verdade que é momentânea, mas como um que procura o consenso em meio a verdades e fundamentações que não lhe pertencem, mas que através do diálogo compreensivo entre os envolvidos, o qual irá criar uma linguagem descritiva de consenso para solucionar o caso proposto.

Partindo de tal pressuposto e do hiato existente entre trabalhos acadêmicos e a implementação destes em decisões judiciais, Alexandre Rosa[51] apresenta o declarado "frenesi" dos "operadores do direito" pelo modismo do utilizar dos famosos compêndios de decisões judiciais majoritárias. Para este, em virtude da "compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz"[52], "as decisões judiciais deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas"[53], para além disso, para abarcar a verdade como um todo.

Esse modismo é gerado pela "hermenêutica do conforto", que, ao invés de utilizar uma metodologia de preocupações hermenêuticas profundas, se baseia na técnica da eficiência dos meios, não necessariamente dos fins. De forma que

---

[50] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Petrópolis: Vozes, 2013. p. 430

[51] ROSA, Alexandre Morais da. O Hiato entre a Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio L. (org.). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011, p. 127-131.

[52] Op. Cit., p.129

[53]Lop. Cit.

“a jurisprudência não deve ser tratada como um fim em si mesmo”[54]. Ela “não é nem pode ser sinônimo de hermenêutica, muito menos de fundamentação, dado que demandam um contexto para fazer sentido”[55].

O “analfabetismo funcional”, ou dialética erística, dos “operadores do direito” é desafiado ante a proposta da hermenêutica filosófica de Gadamer quanto à facticidade e historicidade das questões de análise, ou seja, um escopo inesgotável que necessita ser apreendido para que questões intermitentes sejam compreendidas.

Para Stein[56], Gadamer haveria compreendido o quesito “tempo” na obra heideggeriana Ser e Tempo. Tendo este como o horizonte onde permeia toda compreensão, por conseguinte as teorias devem tanger nas premissas de formações históricas e suas peculiaridades. Essa atitude afetaria o núcleo da razão, consequentemente, da compreensão de textos e objetos de estudo.

Sendo assim, um dos cernes da hermenêutica filosófica de Gadamer é a diferenciação de uma *práxis*de interpretação inerte e tomá-la como princípio e da interpretação contextualizada. A última insere o que se pretende compreender em seu devido contexto, tradição e histórico o ser.

Somente assim o intérprete se permite compreender progressivamente despido de uma pretensão totalitária de interpretação. Assim, abandona-se o discurso apofântico, preferindo o discurso hermenêutico, “aquele que se conduz pelo *logos*enquanto aspecto lógico e explicativo, e o *logos* como dimensão pré-compreensiva ou hermenêutica”[57].

Caso não sejam respeitadas as observações propostas por Gadamer, há de se notar que, adotada decisão de modismo e ignorado o diálogo filosófico, depara-se com o risco de que a filosofia de pensamento venha a se tomar ou transformar em ideologia. Haja vista, não é possível entender se não há pretensão compreensiva. Quanto à motivação, resume-se a meramente capitular um pensamento, não abrir-se para novas descobertas resultantes de um diálogo

---

[54] Op. Cit., p.131
[55]Lop. Cit.
[56] STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: ed. Ijuí, 2004. p. 165
[57] STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.166

por mais que este revele preconceitos e despreparo momentâneo para a postulação de consenso.

Afinal, como aponta Domingues[58], o intérprete é o que operará como um ponto de interseção entre a linguagem e o pensamento, o que se aponta como diálogo. Neste, permeia um hiato entre a *cogito* mental e a representação deste em linguagem. Exatamente nesse hiato reside o trabalho feito pelo hermeneuta de preencher as lacunas existentes e afastar os pontos obscuros e vazios. Dessa forma, se não existisse tal hiato, o trabalho do intérprete residiria no nada, sendo completamente dispensável. Dessa feita, estando a pré-compreensão viciada, sendo esta uma antecipação do consenso posterior, o conhecimento obtido ao final, por premissa, já estaria comprometido.

Mais ainda, como apontado por Steunerman[59], quando a busca pela verdade, ou consenso em nosso caso, pode ser distorcida quando motivada pelo narcisismo de pensamento e onisciência de verdade. O primeiro se posiciona como um distorcedor da verdade assim como resistência para submissão à mesma. Este é um intérprete fechado para dentro de si mesmo, errando em suposições que são insuficientes ou excessivas, além de ser desprovido de premissas preexistentes para que a reflexão ocorra.

6. Considerações Finais

Passa-se a considerar as reflexões conclusivas acerca do estudo proposto, sustentando a afirmativa de inexistirem soluções prontas para as na análise de situações que carecem de um sopesar fundado. Partindo dessa premissa, considera-se a hermenêutica filosófica de Gadamer como uma ferramenta metodológica para a hermenêutica jurídica. Tendo sido feitas as elucubrações delineadoras de tal aplicação, o intento é de oferecer uma resposta adequada, qual seja, um consenso de verdade para o caso a ser analisado pelo interprete.

Sendo tomada como escopo metodológico, para além do intento inicial, o modelo hermenêutico ressalvará a hermenêutica jurídica de sua cotidiana

---

[58] DOMINGUES, Ivan, **Epistemologia das ciências humanas.** São Paulo: Loyola, 2004. p. 358.
[59] STEUERMAN, Emilia. **Os limites da razão.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.103.

autofundametação epistemológica. Utilizando-se do viés da filosofia prática, esta manterá seu caráter final decisivo (ou consensual), não renegando o intento de um olhar desvelador que é fundamental para o intérprete jurídico.

Referências

ARNOLD, Thurman W. Sociologia delderecho. Caracas: Org. Aubert, 1971. El derecho como simbolismo. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles.** Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo. Loyola, 1998.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia de Direito.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

DOMINGUES, Ivan, **Epistemologia das ciências humanas.** São Paulo: Loyola, 2004.

DUBOIS, Christian. **Heidegger:** uma introdução a leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor., 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** 13. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

__________. **Herança e futuro da Europa.** Lisboa: Edições 70, 1998.

GUTIÉRREZ ALEMÁN, Carlos Bernardo. **Temas de FilosofíaHermenéutica:** conferencias y ensayos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

POLESI, Reginaldo. **O papel da phronesis aristotélica na elaboração do problema hermenêutico em "verdade e método".** São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. O Hiato entre a Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio L. (org.). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

RUDNER, Richard S. **Filosofia da ciência social.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1969.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica - arte e técnica da interpretação.** 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia:** limites de um paradigma. Ijuí: ed. Ijuí, 2004.

VOLPI, Franco. Filosofia prática. In: CANTOSPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral.** Tradução de Magda Lopes São Leopoldo. UNISINOS, 2003

DIREITO E PARADIGMA: REFLEXÕES A PARTIR DE *LEITURA DE UMA ONDA*

Izabella dos Santos Jansen Ferreira de Oliveira[60]

Resumo: Este trabalho busca refletir sobre o paradigma positivista na ciência jurídica, a partir da leitura de um excerto da obra *Palomar*, mais especificamente do capítulo *Palomar na praia: Leitura de uma onda,* de autoria de Ítalo Calvino. Nessa passagem, o personagem homônimo é minuciosamente descrito em seu ato de observar uma onda. Tanto o rigor metodológico de Palomar quanto os obstáculos enfrentados nesse processo darão ensejo a reflexões acerca do desenvolvimento do direito como ciência, em especial sobre o paradigma positivista: suas características marcantes, suas contribuições e limitações como epistemologia do direito diante da complexidade de seu objeto e das relações estabelecidas entre ele, o direito, e seus usuários/destinatários.

Palavras-chave: direito, ciência, paradigma positivista

Abstract: This work aims to reflect towards the positivist paradigm in legal science through the reading of an excerpt of the book *Palomar*, specifically the chapter entitled *Palomar na praia: Leitura de uma onda,* by Italo Calvino. In this passage, the homonymous character is minutely described on the attempt to examine a single wave. The scientific approach, and also the obstacles he faces during this process allows one to reflect about the development of law as a science, specially on the positivist paradigm: its main features, contributions and limitations as an epistemology of law facing the complexity of its object and of the relations established between it, law, and its users/recipients.

Keywords: law, science, positivist paradigm

INTRODUÇÃO

Neste artigo serão procedidas reflexões acerca do desenvolvimento do direito como ciência, fazendo-o a partir da escola que, quiçá, fundamentalmente

---

[60] Advogada, servidora pública, professora, graduada em Direito e Letras pela Universidade Federal do Maranhão, pós-graduada em Docência no Ensino Superior e em Direito Constitucional, mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA. http://lattes.cnpq.br/3618337610380203

se consolidou como marco epistemológico nessa temática: o Positivismo Jurídico. Para colaborar com o intento proposto, essas reflexões terão como fio condutor a leitura do excerto *Palomar na praia: Leitura de uma onda*, da obra *Palomar*, de Ítalo Calvino, texto que servirá de ilustração para as dificuldades enfrentadas pelo Positivismo na delimitação do objeto do direito enquanto ciência.

A designação do Positivismo Jurídico como marco epistemológico no estudo do direito não se deve à superioridade dessa escola em relação a outras; tampouco por haver ela logrado responder terminantemente aos questionamentos imanentes ao direito. Esse predicado se deve eminentemente pelo fato de ser improvável tratar de direito, sob uma perspectiva científica, sem remissão à herança positivista, seja para dela sorver os ensinamentos metodológicos, seja para contestá-la, apontando suas limitações conceituais e práticas.

Diante da descrição da proposta de trabalho feita até aqui, impende justificar a escolha de *Palomar na praia: Leitura de uma onda* como guia a esta reflexão sobre o direito. E a justificativa repousa no próprio perfil do personagem Palomar: um observador (sujeito cognoscente) enfrentando seu objeto de estudo, a onda (objeto cognoscível), com postura intencionalmente neutra (com permissão da contradição) e agir pautado em procedimentos previamente estabelecidos.

A tentativa de delimitar muito claramente seu objeto de estudo é demonstração do genuíno anseio de Palomar por cientificidade, retratado ao longo do texto. A observação empreendida por ele, atenta e essencialmente descritiva, é o que garante a utilidade do texto. Além do artifício da verossimilhança – Palomar é um observatório astronômico que durante muitos anos ostentou o maior telescópio do mundo -, Ítalo Calvino consegue, numa quase silepse entre o nome próprio e seu sentido figurado, carregar seu personagem de características decisivas para a opção feita pelo excerto.

As imagens descritas no texto de Calvino serão relacionadas a posições metodológicas que historicamente fizeram do Positivismo um paradigma a ser

confrontado por outras correntes epistemológicas do direito. Desta feita, impende esclarecer que as referências feitas ao observador cognoscente, em postura de cientista, dirigem-se não somente ao personagem Palomar, mas também ao estudioso do direito, seja ele juiz, legislador ou operador do direito de maneira genérica.

No tocante ao objeto, elemento cognoscível, a onda será tida aqui não em seu sentido material, alvo das ciências naturais, porção de água do mar que se eleva e se desloca. A palavra onda é compreendida em um sentido mais figurado, para além do que, *prima facie*, intenciona Calvino. Não que se proponha a unidade metodológica entre as ciências, conforme aclamado por Popper (2004). Mas antes, e sobretudo, a onda será interpretada como representação da diversidade de variáveis que compõem as questões que se apresentam ao direito, clamando por solução, válida e (por que não?) justa.

Na primeira parte, explorando a postura particular de Palomar, serão tecidas algumas considerações em torno da noção de paradigma e de conceitos correlatos relevantes para a sociedade do conhecimento. Em seguida, será procedida a uma descrição não exaustiva do paradigma do Positivismo Jurídico, a partir da postura epistemológica de Palomar diante da onda. Por derradeiro, diante do desfecho do excerto literário, qual seja, a impotência de Palomar, ou pelo menos de seu método, para compreensão e domínio de seu objeto, será proposta uma reflexão sobre a insuficiência do paradigma positivista para o enfrentamento dos problemas que se apresentam ao direito.

2 A POSTURA DO CIENTISTA (DO DIREITO): NEUTRALIDADE DIANTE DO OBJETO?

> O mar está levemente encrespado e pequenas ondas quebram na praia arenosa. O senhor Palomar está de pé na areia e observa uma onda. Não que esteja absorto na contemplação das ondas. Não está absorto, porque sabe bem o que faz: quer observar uma onda e a observa. Não está contemplando (...). Em suma, não são "as ondas" que ele pretende observar, mas uma simples onda e pronto: no intuito de evitar as sensações vagas, ele predetermina para cada um de seus atos um objetivo limitado e preciso. (CALVINO, 1994, p. 7)

O trecho acima transcrito descreve os primeiros passos do personagem Palomar rumo a seu intento: a observação de um fenômeno. Os metodólogos comumente conferem à observação um papel essencial no processo de conhecimento, tanto na concepção do problema de pesquisa quanto no estabelecimento de possíveis conclusões sobre ele. A partir da observação de um mundo que já está dado, os problemas seriam formulados e, com um ajuste nas lentes de observações, as soluções pretendidas seriam encontradas.

No decorrer da história, esses percalços metodológicos têm assolado diversos campos das ciências, tanto sociais quanto naturais. No direito, ou na "instância jurídica", no dizer de Miaille (2005), a discussão sobre seu caráter científico perpassa inicialmente a questão da própria cientificidade das ciências sociais. Decerto que o direito detém particularidades. No entanto, elas não obstam a existência de uma zona cinzenta entre ele, o direito, e as ciências sociais, no que concerne à busca por objetividade e à questão do método.

Com base nos pressupostos apresentados na introdução deste artigo, *mutatis mutandis*, Palomar enfrenta o desafio de compreender seu objeto de estudo na mesma medida que o operador do direito o faz.

O personagem não tem aqui postura contemplativa. Resta clara a sua intenção de estabelecer um método que, caso seguido por qualquer outro cientista, possa livrar o sujeito cognoscente da mácula da subjetividade. Citando Weber, a propósito, essa subjetividade seria concretizada pela emissão de juízos de valor, os quais devem ser abolidos da investigação, sob pena de comprometimento da neutralidade científica.

Descrito dessa forma, o intento do personagem/observador parece promissor. Acompanhada por um conjunto de atos previamente definidos, sua intenção se reveste de certa cientificidade, conferindo-lhe a forma recomendável aos que buscam se debruçar sobre algum tema. Esse "modo" como o observador se dedica ao objeto, juntamente com o conhecimento que ele e outros cientistas entendem como válido no momento da análise, constitui um ponto crucial para a ciência de modo geral.

Essa é a visão de Thomas Kuhn, no tocante à noção de paradigma (2010, p. 101).

2.1 Paradigma e Crise: veredas na revolução da Ciência

Na visão de Kuhn, o paradigma - enquanto representação amplamente aceita de uma matriz estável de conhecimentos produzidos - é responsável por caracterizar o que ele denomina de "ciência normal". Esta seria uma forma dominante de pensar a ciência, em determinada tempo, e constitui uma de suas principais contribuições à imagem contemporânea da ciência.

Segundo ele, nos lapsos temporais em que determinado paradigma é aceito pela comunidade científica, há a tentativa de forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos, fornecidos pelo paradigma. Apesar de Kuhn se referir notadamente às ciências naturais, especialmente ao tratar da noção de progresso, cabe também aqui a associação do positivismo jurídico com a metáfora resolução de quebra-cabeças.

O autor afirma que "o desafio apresentado pelo quebra-cabeça constitui uma parte importante da motivação do cientista para o trabalho" (KUHN, 2010, p.59). É nessa perspectiva que a onda (ou os problemas postos ao direito) inquieta o observador Palomar, tornando-se alvo de análise.

Para o presente estudo, cabe acrescentar que Thomas Kuhn acredita que o cientista não necessariamente abandona suas teorias por encontrar observações incompatíveis com elas. Para Kuhn, a história da ciência enfrenta obstáculos diversos na vigência de um mesmo paradigma. Palomar insiste no recorte e descrição da onda, mesmo identificando dificuldades no processo.

Kuhn defende também a tese da incomensurabilidade, pela qual seria impossível justificar racionalmente a preferência dos cientistas por uma teoria em específico. Essa afirmação engloba também a dificuldade de se comparar teorias diferentes, em razão das diferentes visões dos fenômenos, a partir de paradigmas diferentes. Ademais, outra dificuldade seria a de traduzir conceitos e enunciados entre paradigmas diferentes.

Daí é possível compreender porque Kuhn sugere que a aceitação de um novo paradigma não depende apenas de recursos lógicos e evidências experimentais, mas da capacidade de persuasão, ou convencimento dos cientistas que defendem o novo paradigma.

2.2 O paradigma positivista no direito: tentativa de recortar a onda

> (...) não são "as ondas" que ele pretende observar, mas uma simples onda e pronto: no intuito de evitar as sensações vagas, ele predetermina para cada um de seus atos um objetivo limitado e preciso. (...)" (Calvino, 1994, p. 7).

Diante de tão diversa gama de paradigmas aplicáveis ao estudo do direito, torna-se necessário apontar o corte epistemológico seguido por Palomar, a partir de sua caracterização no excerto literário escolhido. O narrador destaca que "prestar atenção em um aspecto faz com que este salte para o primeiro plano, invadindo o quadro, como em certos desenhos diante dos quais basta fecharmos os olhos e ao reabri-los a perspectiva já mudou" (CALVINO, 1994, p. 10).

Desta forma, a citação que deu início à seção contribui para a identificação da postura de Palomar com o paradigma Positivista. E para servir à análise neste trabalho, a identidade estabelecida se dará com o paradigma do Positivismo Jurídico. Entretanto, parte-se do pressuposto de que essa corrente epistemológica não é um bloco monolítico. Conforme explica Miaille (2005, p.276), o Positivismo Jurídico contém tendências que colocam o acento sobre este ou aquele elemento considerado, mas os caracteres comuns a estas tendências são mais fortes que as suas divergências.

Na dicção de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 10), diferentes cortes epistemológicos, ou paradigmas, podem ser identificados na área do direito, a depender do contexto e das circunstâncias históricas. Essas diferentes formas de ver a ciência jurídica divergem sensivelmente no tocante a seu conceito, às suas fontes, e a seus objetivos. Na jurisprudência romana, por exemplo, identificava-se o direito como diretivo para a ação; na Idade Média, a noção de direito pode

ser compreendida como dogma; na Era Moderna, o contexto conformou o direito à necessidade de ordenação social.

Afinal, caso fosse possível passar em revista os diversos posicionamentos doutrinários, da antiguidade à atualidade, verificar-se-ia que o direito serviu (e ainda serve, simultânea e contraditoriamente) a vários propósitos. A um só tempo, serve à aceitação do *status quo* e à reprodução da situação existente, da mesma forma que fomenta os anseios humanos por uma sociedade ordenada e as filosofias de revolta e mudança. O que não deve causar estranheza, servindo, antes, como constatação da versatilidade do direito.

Diante de tamanha complexidade, resta quase pacífica a importância de o observador definir objetivamente seu agir rumo à produção de conhecimento. No caso de Palomar, parece propícia a retomada dos ensinamentos de Weber (2001) quanto à necessidade de distinção entre valoração e realidade empírica. O cientista social, em prol da objetividade, deve afastar quaisquer juízos de valor, sendo esse distanciamento verdadeiro pressuposto para a validade dos dados obtidos.

O narrador observador em *Leitura de uma onda* assevera que Palomar tenta reduzir ao máximo suas próprias relações com o mundo externo e, para defender-se de qualquer perturbação, procura manter tanto quanto pode suas sensações sob controle. Verifica-se, então, a tentativa de evitar que sua consciência valorativa intervenha em seu juízo científico.

Para Weber, a ciência deve se ater apenas aos juízos de fato, em decorrência de os juízos de valor terem origem nos ideais particulares e, por conseguinte, comprometerem a objetividade do conhecimento. A seguir, *in litteris*:

> Ela (a consciência valorativa) é própria do homem da ação: ele pondera e escolhe, entre os valores em questão, aqueles que estão de acordo com sua consciência e sua cosmovisão pessoal" (Weber, 2001, p. 110)

Sob essa perspectiva, Palomar busca o distanciamento de seu objeto. Verifica-se que ele não tem postura contemplativa, nem se perde em enlevos subjetivos. Diante de uma realidade abundante em detalhes, ele anseia por

recortá-la, delimitando e singularizando seu objeto: uma onda. Seguindo tal *iter*, planeja observá-lo com método e acurácia para, em seguida, proceder às generalizações próprias da ciência, em busca da verdade.

No processo de estabelecimento do Estado Moderno, em razão do robustecimento das relações sociais, surgiu a necessidade de fornecer ao Estado um instrumento eficaz de intervenção na vida social. Era o impulso necessário para uma mudança de paradigma na seara do direito. A legislação lograria, a partir de então, status de objeto da ciência jurídica.

O que se denomina por Positivismo Jurídico surge, então, como proposta de neutralidade ao pensamento jurídico e, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 32), como demonstração da necessidade de segurança da sociedade burguesa. Essa busca por segurança é também observável na atitude de Palomar, que busca isolar uma onda e, de maneira hermética, analisá-la. É nesse sentido que sua visão de ciência se assemelha à visão positivista do estudo do direito.

Ao enfrentar sua onda, o observador tem um plano de ação para examiná-la. Prosseguindo com as já anunciadas comparações, a intenção do jurista expressa por Palomar é a de restringir-se a juízos de empiria, e não de valor. Aliás, a atitude positivista encontra na observação dos fenômenos a explicação da realidade, excluindo qualquer especulação metafísica.

No campo da Filosofia, Auguste Comte foi o responsável pela consolidação dessa postura epistemológica dita neutra. A doutrina positivista, no âmbito jurídico, ansiava por extirpar do direito o que, aparentemente, seria responsável por seu enfraquecimento. Ou seja, qualquer noção *a priori*, por assim dizer. Tendo como fundamento básico o apego ao formalismo legal, a norma jurídica passa a ser o eixo de sustentação do direito.

O Positivismo se contrapõe, assim, às correntes idealistas, que sustentam a existência de princípios absolutos aplicáveis a todos os seres humanos, conforme preconizado pela corrente jusnaturalista. Os positivistas limitam-se à ordem do ser, emitindo juízos da realidade, transpondo para investigação jurídica, sempre que possível, os métodos das ciências naturais.

De toda forma, diante da impossibilidade de tratar de um leque tão amplo de acepções, optou-se por apresentar como traço característico e convergente do Positivismo Jurídico o tecnicismo formal, característica responsável pela identificação do direito estritamente com a lei. De modo a tornar a análise mais prática, serão utilizados alguns aspectos tratados na obra de Hans Kelsen intitulada *Teoria Pura do Direito* (1976) para a reflexão sobre caracteres marcantes do Positivismo Jurídico.

Hans Kelsen, em sua obra magna, esclarece que o objeto da ciência do direito é a norma. Aliás, segundo ele, o caráter científico do Direito depende intrinsecamente da delimitação de seu objeto e da pureza de seu método. Servindo à análise ora empreendida, essa postura metodológica corresponderia à identificação do objeto "onda" e ao seu isolamento de todas as outras "ondas".

Para Kelsen, o que é pertinente no estudo do direito é a especificidade lógica e a autonomia metódica, capaz de libertar a ciência do direito de todos os elementos que lhe são exógenos. No dizer de Larenz (1997, p. 93), "só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência* (...)".

Aliás, a ascensão do Positivismo Jurídico enquanto teoria com pretensão de neutralidade e rigor científico configura significativa alteração na semântica de auto-descrição do direito até então prevalente, correspondente ao Jusnaturalismo. Preconizando uma visão de Direito essencialmente vinculado à ordem cosmológica, esta teoria, a despeito das várias concepções desenvolvidas ao longo do tempo, parte do pressuposto de que um Direito natural proporcionaria uma fundamentação axiológica ao Direito positivo, servindo como ferramenta para aferição da justiça e da validade do Direito positivado.

Com o declínio dessa concepção, em razão da nova conjuntura social e política, a partir do século XVIII, toma corpo uma perspectiva fundamentalmente descritiva do Direito. Como característica da cientificidade a que se propôs, o Positivismo Jurídico busca afastar possíveis valorações, atendo-se apenas aos fatos observáveis, considerando qualquer ideologia

subjacente às análises como geradora de ruído. Kelsen postula uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito.

Segundo Norberto Bobbio (2006, p. 135), o Positivismo Jurídico consistiria no esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência que tivesse as mesmas características das ciências naturais, o que implica na assunção de uma abordagem não valorativa, fundada na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos. A intenção seria obter um saber jurídico alicerçado em certezas.

Da mesma forma, vê-se que Palomar busca, pelo uso de verdadeira metodologia, assegurar que sua análise seja adequada e produza resultados válidos. No intuito de evitar proposições não passíveis de verificação, ele parte da observação do mundo, que para ele é tido como dado. Por amor à empiria, exclui qualquer dialética de seu método intelectual, expurgando também a possibilidade de que valores particulares componham esse cenário, interferindo nos resultados. Sua intenção não é avaliar a onda, mas tão somente descrevê-la.

Cabe aqui a lembrança de Kelsen, ao asseverar que não é possível vincular o conceito de direito ao de justiça. Atribuir à justiça a fundamentação de validade das normas jurídicas implicaria na aceitação de um plano superior e valorativo, que além de subjetivo, não é verificável pela via experiência.

Nessa perspectiva, positivista, a idéia de justiça absoluta seria um ruído, e redundaria indubitavelmente na baixa cientificidade do método. Segundo Paulo Nader (2007, p. 175):

> Os positivistas estreitam o campo de abordagem do Direito, limitando-se à análise do Direito Positivo. O Direito é a lei; seus destinatários e aplicadores devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico. Para eles não existe o problema da validade das leis injustas, pois o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Quanto à justiça, consideram apenas a legal, mesmo porque não existiria a chamada justiça absoluta. O ato da justiça consiste na aplicação da regra ao caso concreto. Os positivistas não aceitam a influência dos elementos *extra legem* na definição do Direito Objetivo.

A fundamentação da teoria pura do direito de Kelsen é a distinção básica entre duas categorias, o *sein* e o *sollen*. A primeira, que corresponde ao ser, engloba as ciências naturais, e à segunda pertencem as ciências normativas, como o Direito, a ética etc. Ressalte-se que esse dever legal não conta com nenhuma carga de decoro ou moral, rejeitando qualquer interpretação metafísica.

A teoria é dita pura porque visa abstrair qualquer ruído externo à norma. Não que Kelsen ignore a necessidade de um padrão moral, de utilidade social; apenas não concorda que esses pontos sejam matéria do Direito enquanto ciência. O Direito, em perspectiva científica, tem o objetivo de fornecer um modelo elucidativo e esclarecedor que disseca o sistema jurídico. reduzindo-o às suas normas mais simples (KELLY, 2010, p. 508).

Kelsen examina somente a relação entre as normas, e não entre as normas e outras variáveis. Segundo Rocha (2003, p. 67),

> O ideal de pureza implica separar o conhecimento jurídico, do Direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, Kelsen tem como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares o dualismo kantiano, entre *ser* e *dever ser*, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. Kelsen opta pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do *dever ser*. Tal ênfase acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.

Kelsen propôs a análise de um sistema jurídico simplesmente como uma estrutura de normas, ou seja, de proposições de "dever", que podiam ser válidas e esclarecedoras independentemente de seu cunho moral, ético, social, econômico, enfim, de qualquer teor externo ao direito.

Com a devida reverência ao aporte teórico de suas proposições, estudar a norma jurídica dissociando-a de seus destinatários e dos motivos que a fizeram necessária, fez de sua teoria muito admirada do ponto de vista do rigor metodológico, mas mal interpretada do ponto de vista prático. Recorrendo a Palomar, vê-se que tal tarefa, a de isolar hermeticamente o objeto de análise, é deveras custosa.

> Como o que o senhor Palomar pretende fazer neste momento é simplesmente ver uma onda, ou seja, colher todos os seus componentes simultâneos sem descurar de nenhum, seu olhar se irá deter sobre o movimento da água que bate na praia a fim de poder registrar os aspectos que a princípio não havia captado; tão logo se dê conta de que as imagens se repetem, perceberá que já viu tudo o que queria ver e poderá ir-se embora. (CALVINO, 1994, p. 8)

Contudo, Palomar não consegue partir, pois seu objeto é complexo e sofre constantes influências do meio. Sua abordagem se mostra insuficiente para a análise de um objeto tão fluido como a onda, o que lhe impede de concluir a análise a que se propôs.

> (...) quando se espera que a onda role sobre o tapete, damo-nos conta de que já não existe mais a onda, mas apenas o tapete, e mesmo esse rapidamente desaparece, torna-se uma cintilação da areia alagada que se retira veloz, como se para contê-lo houvesse um expandir-se da areia seca e opaca avançando seu rebordo ondulado. (CALVINO, 1994, p. 8)

3 REDEFINIÇÃO DE PARADIGMAS: UM MERGULHO NA ONDA

> É pena que a imagem que o senhor Palomar havia conseguido organizar com tanta minúcia agora se desfigure, se fragmente e se perca. (CALVINO, 1994, p. 10)

O Direito traz consigo a herança mítica das ciências: a neutralidade. A atitude positivista de Palomar, entretanto, demonstra a inaptidão dessa postura metodológica para responder a questões complexas, características da sociedade pós-moderna. Tais questões requerem uma abordagem do Direito que permita associações entre os diversos campos do conhecimento.

Uma ciência jurídica autista, que exija do seu intérprete atuação estanque e sempre distante - recortando ondas e tentando apenas descrevê-las, excluirá qualquer possibilidade de interlocução entre sujeito cognoscente (o operador do Direito, bem como seus destinatários) e objeto cognoscível (o Direito).

A tentativa de estabelecimento de um olhar "limitado e preciso" sobre o direito (em especial sobre a lei), exigências do tradicional rigor científico, surge no texto de Calvino sempre ao lado de sua inexequibilidade. Quando Palomar

pensa haver captado a essência do que vira há instantes, o cenário muda e novos desafios se configuram. Onda é sinônimo de movimento. Recortar a onda significa negar sua essência, aplicar-lhe tratamento inadequado, logrando, quando muito, contê-la em imagem fotográfica, capaz apenas de fazer o observador imaginá-la estática.

O movimento natural da onda reflete sua própria incompletude. Negar o processo comunicativo da onda com a praia, com outras ondas e com seu derredor, seria retirá-la do mundo, no dizer de Miaille. Mesmo com a coleta do máximo de dados, a mera observação não resultará em um saber completo.

A seguir, a poética descrição do fracasso de Palomar em sua investigação, em decorrência da inadequação de seu método:

> Contudo, isolar uma onda da que se lhe segue de imediato e que parece às vezes suplantá-la ou acrescentar-se a ela e mesmo arrastá-la é algo muito difícil, assim como separá-la da onda que a precede *(...)*. Em suma, não se pode observar uma onda sem levar em conta os aspectos complexos que concorrem para formá-la e aqueles também complexos a que essa dá ensejo.

A tentativa de isolar a onda se assemelha à tentativa do jurista de anular as influências “externas”, capazes de perturbar a interpretação e aplicação da lei. Nessa postura dogmática, a riqueza das relações sociais e das relações entre os fatos e sujeitos para os quais a lei é criada se perde no anseio excessivo por objetividade.

O movimento da onda, de formar-se e desfazer-se rapidamente aos olhos do observador, antes que este possa dela tomar conhecimento total e irrestrito, traz à mente o que Larenz (1997, p. 15) chamou de “perdas de certeza no pensamento jurídico”. Para esse autor, a jurisprudência corresponde à ciência do Direito, confrontado soluções dadas a questões jurídicas com fulcro em contexto e ordenamento determinados, ou seja, historicamente construídos. É assim que, ao Direito, outras ciências são correlatas, bem como seus métodos e abordagens.

Outro aspecto que reconhecidamente impede uma interpretação unívoca do Direito e de suas normas: as decisões são tomadas a partir de um ponto de

vista. Valorativo, portanto. A partir do qual o sujeito deve ponderar bens, interesses, variáveis contextuais, enfim, relações. Na dicção de Miaille (2005, p. 30), as teorias do direito revelam não apenas os valores do operador jurista, mas também um vasto discurso ideológico justificador das estruturas sociais.

A mesma conjuntura de ondas, impossível de ser fracionada, impede que Palomar desfrute de uma leitura pura e tranquila, baseada apenas em juízos de fato. As ondas não são passíveis de tamanha singularização. As ligações entre elas, parafraseando Deleuze (1992, p. 195), são essencialmente importantes por ilustrarem a potência existente na fronteira entre elas.

A mera aplicação da lei não é capaz de extirpar os problemas do mundo jurídico. A onda não é estática. Os métodos de aplicação pura da lei, e de análise pura da lei, mostram-se insatisfatórios para o tratamento das relações mais complexas tuteladas pelo direito. O próprio Kelsen assente que a tarefa do jurista seria de aplicar o Direito, devendo, entretanto, em algum momento interpretá-lo, mesmo que para fazê-lo devesse seguir às leis da lógica jurídica.

Diferentemente do que preconizavam os radicais exegetas, a determinação normativa nunca é completa, restando alguma margem de apreciação do julgador, oriunda do grau de indeterminação da norma.

Inobstante a imprescindibilidade da lei e de seu elemento cogente para o funcionamento do sistema, a atividade atinente à interpretação é também heurística: o jurista dará concretude à lei à medida que aplicá-la às situações que se lhe apresentarem. E apesar de uma decisão se sustentar em elementos que reconhecidamente convalidam seu teor, é improvável que não haja sequer alguma orientação para valores.

É assim que o modelo positivista recebeu severas críticas, especialmente dos que defendem a necessidade de atrelar valores sociais à hermenêutica das leis, conforme se percebe da preleção de Xavier (2002, p. 34):

> O modelo Kelseniano de Direito, cria, então, uma teoria Jurídica formal; uma ciência jurídica destituída de critérios do valor de justiça ou de qualquer conexão com a realidade social. A validade de uma norma condiciona-se apenas à sua vigência, isto é, à capacidade formal de validade por vigorar num sistema jurídico. (...) os comandos legais não podem ficar desvinculados

> do contexto histórico cultural e do valor de justiça. Logo, a Teoria Pura do Direito peca por sobrepor a cientificidade à realidade, e por exaltar a forma lógico jurídica em detrimento do conteúdo ético-justo.

A leitura da onda não se restringe à simples descrição (decodificação) da norma. Essa informação pode guiar o jurista a uma solução plausível somente. Mas a inquietude de Palomar diante da onda reflete a necessidade de participação do sujeito cognoscente na interpretação do ordenamento. Mergulhar na onda significa não se contentar com a descrição pura da lei, ou com o mero enquadramento da situação à previsão legal; tampouco com a concepção de um mundo estático, formado por essências. Significa aceitar uma multiplicidade de fatores como catalisadores de movimento e de devir.

Diante das necessidades sociais e históricas, que ressaltaram a insuficiência das análises positivistas, outros pressupostos epistemológicos para observação do Direito foram propostos, dando origem a paradigmas os mais diversos. Esse desenrolar de correntes de pensamento vem ocorrendo de uma perspectiva estrutural, ontológica, interessada no viés normativo do Direito, passando por perspectivas funcionalistas, voltadas às funções sociais do Direito, abandonando, por assim dizer, uma abordagem eminentemente teórica para dar espaço a um ponto de vista mais político.

Relembrando o que já foi tratado por Kuhn, ele não concorda que o progresso da ciência seja capaz de promover uma aproximação da verdade. A seu ver, as teorias são apenas ferramentas para produzir previsões precisas. Noutras palavras, as teorias não teriam os predicados de verdadeiras ou falsas. Apenas promoveriam previsões eficientes ou não (Kuhn, 2010).

A noção de progresso, para ele, é instrumental: a ciência não é uma tentativa de acumulação de conhecimento em direção à verdade.

4 CONCLUSÃO

Retomando o pensamento de Thomas Kuhn (2010), a mera existência de enigmas não resolvidos dentro de um paradigma não constitui necessariamente

uma crise paradigmática. Kuhn reconhece que os paradigmas sempre encontrarão dificuldades, mas assevera que quando as anomalias passam a apresentar sérios problemas para um paradigma, inicia-se um período de elevada insegurança científica.

Este é o ponto em que Palomar passa a expressar seu descontentamento com o paradigma utilizado. Ele identifica, ou pelo menos sente dramaticamente, a necessidade de outro paradigma que lhe permite uma nova forma de ver.

A perspectiva positivista, *de per si*, mostrou-se insuficiente ao enfrentamento do direito por Palomar. Utilizando a literatura proposta: “Em suma, não se pode observar uma onda sem levar em conta os aspectos complexos que concorrem para formá-la e aqueles também complexos a que essa dá ensejo.”

Relembrando os ensinamentos de Weber, de que a realidade social se mostra infinita, impossível de ser investigada em sua totalidade, a onda se mostrou a Palomar um objeto severamente complexo para ser analisado sob um ponto de vista hermético.

De modo a concretizar a análise proposta, a atitude de Palomar diante da onda teve o condão de adquirir diversos sentidos. Seu intento primeiro, designado por Calvino como “científico”, pode aludir à postura tanto do juiz, quanto do legislador ou de outro operador do direito, os quais, em sua práxis, precisam lidar com questões como neutralidade, subjetividade e valoração.

Diante da sofisticação das relações na sociedade hodierna, esses operadores do direito terminam por abdicar do cunho heurístico de sua atuação, para tão somente reproduzir o Direito e as relações de dominação. O juiz, que, idealmente imparcial, tenta aplicar a lei e nada mais; o legislador, que, no mais das vezes, mecaniciza sua atuação, rendendo-se às reproduções do “dever ser” no direito, olvidando-se de uma orientação mais abrangente; e o operador do direito em geral, que, diante dos problemas que se lhe apresentam, tão somente reproduz as ideologias dominantes.

Sem incorrer no extremismo de patrocinar este ou aquele posicionamento metodológico como completo e definitivo, impende assinalar

que a discussão quanto ao objeto do direito e seus métodos aponta para formas distintas de pensar a ciência jurídica. Essas abordagens ora se opõem ao Positivismo, ora se aproximam de suas premissas, seja para criticá-lo, seja para confirmá-lo como referencial de paradigma na ciência do direito – Ronald Dworkin, a exemplo, representante do Pós-Positivismo, defende a existência de uma resposta exata para cada questão jurídica (DWORKIN, 2005).

Soa inverossímil, entretanto, que a inteligibilidade e a complexidade do direito possam ser alcançadas por um único paradigma, como o positivista. Verificou-se que esse corte epistemológico não deve pretender esgotar todas as investigações. A escolha do estudioso pode englobar um esforço cognitivo de especialização, discriminação, organização e, enfim, abstração de certos aspectos da realidade estudada. Contudo, não intenta reduzir a realidade a leis, e sim, sobretudo, tem o afã de dar sentido a uma realidade particular, a partir de fatores eleitos como relevantes.

Com postura metódica, seguindo um *iter* fixo, Palomar buscou dissecar seu objeto. Conhecê-lo para, talvez, dominá-lo. Inobstante seu *animus*, no transcurso do processo ele reconhece obstáculos que o separam abissalmente de seu desiderato. Dentre essas barreiras, pode-se destacar a natureza própria de seu objeto, o direito, que tem como destinatário o próprio homem. E o fato de ele, observador, não ser tão externo ao seu objeto de análise.

Deste modo, o intento aqui foi de refletir sobre a atitude do sujeito que pensa cientificamente o direito, bem como sobre os percalços com que ele se depara nesse processo de conhecimento. Resta a constatação de que o direito não se basta. Na senda de Miaille (2005, p. 325), "nada há a concluir, porque nada está acabado. Porém, no termo desta tentativa, é importante fazer a ponte, no sentido marítimo do termo. Teremos nós avançado, e em que sentido? E para que costas nos dirigiremos nós?"

De toda forma, não é objetivo deste artigo apresentar conclusões. Pelo menos não aquelas que pretendem pôr termo às reflexões que aqui surgiram sobre o tema. A propósito, inúmeras escolas de pensamento, anteriores e posteriores ao Positivismo, já se debruçaram sobre a matéria, enfrentando

questões nevrálgicas, tais como a dicotomia direito natural x direito positivo, a sinonímia (ou não) entre direito e noção de justiça, a problemática das fontes do direito, interpretação e equidade. Num eterno retorno que talvez haja malogrado superar definitivamente tais dúvidas, mas que permitiu que "caminhos" fossem trilhados e confrontados, no ir e vir do movimento do conhecimento.

> Contudo, o senhor Palomar não perde o ânimo e a cada momento acredita haver conseguido observar tudo o que poderia ver de seu ponto de observação, mas sempre ocorre alguma coisa que não tinha levado em conta. Se não fosse pela impaciência de chegar a um resultado completo e definitivo de sua operação visiva, a observação das ondas seria para ele um exercício muito repousante e poderia salvá-lo da neurastenia, do infarto e da úlcera gástrica. E talvez pudesse ser a chave para a padronização da complexidade do mundo reduzindo-a ao mecanismo mais simples. (CALVINO, 1994, p. 9)

O desafio consiste em vislumbrar novas perspectivas e possibilidades de reflexão sobre a ciência jurídica, que se afastem da departamentalização do conhecimento e permitam mais espaço para a complexidade e interdisciplinaridade na observação do direito.

REFERENCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 13ª edição refundida, Almedina, 2005

AGUILLAR, Fernando Herren. Metodologia da Ciência do Direito. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2009

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007

_______, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006

CALVINO, Ítalo. Palomar. São Paulo: Companhia das Letras, 1994

DELEUZE, Gilles. Conversações. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 2ª ed. 1980

________, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2013

KELLY, John M. Uma breve história da teoria do direito ocidental. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2010

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1998

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 10ª Edição (DEBATES, 115) São Paulo: Perspectiva, 2010

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005

MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. Coleção Temas de Sociologia. 3ª edição. Editorial Estampa, Lisboa, 2005

NADER, Paulo. Filosofia do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007

PERES PISSARRA, Maria Constança; FABRINNI, Ricardo Nascimento. Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da Filosofia. São Paulo: Atlas, 2007

POPPER, Karl Raymund. Lógica das ciências sociais. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004

ROCHA, L.S. Epistemologia jurídica e democracia. 2ª edição, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003

WEBER, Max. Metodologia das Ciências Sociais. Parte 1. Tradução de Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. Direito Alternativo: uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE: REFLEXÕES SOBRE A DESAPOSENTAÇÃO SEGUNDO A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN

Viviane Freitas Perdigão[61]

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar a temática de Ronald Dworkin (2007) sobre o direito como integridade no arranjo da competência do Superior Tribunal de Justiça ao decidir a desaposentação. Para tanto, ele será feito na análise da legalidade ou não da desaposentação se tendo por base o julgamento do Recurso Especial n°.1334488-SC, levando em cheque as possíveis alternativas jurídico-doutrinárias para a decisão do caso. O referencial teórico pauta-se no Direito como um conceito interpretativo, ou seja, um conjunto de praticas sociais que devem ser interpretadas (DWORKIN, 2007). Metodologicamente demonstram-se as falhas do convencionalismo, criticas ao pragmatismo e o direito como integridade como teoria aplicável a casos difíceis. Almeja-se discutir se haveria um limite à aplicação da proposta do filósofo do direito e, com isso, se sempre haverá apenas uma resposta certa, ou se pode haver situações em que existirão diversas respostas possíveis, mesmo com a utilização da teoria do direito como integridade.

Palavras-chave: Direito como integridade. Superior Tribunal de Justiça. Desaposentação.

ABSTRACT**:** This article is scope to analyze the theme of Ronald Dworkin (2007) on the right to integrity in the arrangement within the jurisdiction of the Superior Court of Justice to decide the desaposentação. Therefore, it will be done in analyzing the legality or not of desaposentação is based on the judgment of the Special Appeal n ° .1334488-SC, taking into check the possible legal and doctrinal alternatives to a final agreement. The agenda is theoretical in law as an interpretive concept, ie a set of social practices that must be interpreted (DWORKIN, 2007). Methodologically show up conventionality of failures, criticisms of pragmatism and law as integrity theory as applied to difficult cases. Aims to discuss whether there was a limit to the application of the law philosopher proposal and, therefore, if ever there is only one right answer, or there may be situations where there will be several possible answers, even when using the theory of law as integrity.

Keywords: Law as integrity. Superior Court of Justice. Desaposentação.

---

61 Advogada e Licenciada em Letras. Especialista em Direito Previdenciário. Aluna do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. (http://lattes.cnpq.br/7955567083507463)

1 INTRODUÇÃO

Carros de luxo, aeronaves e embarcações podem ser aproveitados pelas autoridades em favor da sociedade, desde que comprovado o interesse público ou social e o juízo competente assim autorize, é o que prevê a chamada Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Percebe-se que a própria lei já garante ao Judiciário um gestor de finalidade social.

Daí, quando os órgãos judiciais resolvem conflitos entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, punindo um homicida, resolvendo um divórcio, um dissídio coletivo trabalhista, conflitos de vizinhança ou o despejo de um imóvel, não há que se falar em polêmica sobre a legitimidade do poder que exerce, mesmo porque está incursionando-se no núcleo essencial de suas funções constitucionais.

Até neste ponto não se observa nada de anormal, mas o debate ganha fôlego quando uma parcela de poder político passa a ser exercido pelo Judiciário e este realiza mudanças significativas em políticas públicas, sobretudo, em políticas estabelecidas por outras instituições.

A questão ganha muita complexidade quando tal poder atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado, como outros órgãos de Poder, seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, por exemplo, a taxa de lixo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais e aplica o chamado "Termo de Ajustamento de Conduta-TAC", determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Mas algo que tem chamado atenção dos juízes federais, no contexto atual, é deferir pedido de desaposentação, mesmo não havendo em tal caso qualquer lei expressa do Congresso Nacional ou Decreto Presidencial que autorize a medida.

Nestes casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis.

Ronald Dworkin é um dos que se propuseram a tarefa de ajudar a referida influência. A ideia do filosofo é unir as inevitabilidades possíveis da subjetividade e, também, do caráter interpretativo do ser humano com a um sonho de um Estado coeso e fiel, com um único proposito: a integridade.

Com o ideal de evitar falhas dos modelos teóricos tais como convencionalismo e o pragmatismo, o autor desenvolveu uma teoria na qual o intérprete, com forca de se engajar,

alcançou na coesão dos princípios uma unidade que desse solução, quer seja nos casos cotidianos como a desaposentação, quer seja nos casos de jurisdição constitucional ou até mesmo qual é o direito.

Pegando-se como pressuposto que, nos casos de jurisdição constitucional, sempre haverá uma resposta correta, ele rechaçou o pressuposto positivista de que, havendo lacuna, não há respostas certas, mas, sobretudo, respostas possíveis, cabendo ao juiz escolher discricionariamente qual delas deve adotar para aquele caso.

Primeiramente far-se-á uma breve caracterização de sua teoria e das principais diferenças que guarda, nos pontos mais relevantes, trazendo-se as mais importantes teorias do direito, a qual será testada, a fim de se verificar a desaposentação como se fosse um *hard case*, se a resposta aos questionamentos possui uma única resposta correta.

A escolha da desaposentação como temática a ser abordada possui em si um fim próprio. Além de levar o debate para o âmbito da legalidade, ela possui questões cuja discussão atravessa os diversos campos do saber, e cuja polêmica ajudará a perceber se, de fato, há ou não limite para o potencial interpretativo da teoria proposta.

2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE SEGUNDO DWORKIN

No livro *O império do direito (2007),* Ronaldo Dworkin traça a teoria do direito como integridade. No prefacio do livro, percebe-se que a teoria foi resultado de um trabalho de longa data realizado pelo filosofo, sendo compilado neste livro.

Nota-se que o livro nasceu a partir do debate teórico, sobretudo, com Herbert Lionel Adolphus Hart, também filosofo do direito e defensor da teoria positivista:

> O presente livro expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo dos anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas praticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas praticas as melhores possíveis. (DWORKIN, 2007, p. XI)

Em verdade, Dworkin desenvolveu uma teoria autônoma. Isto porque rebateu tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo. Para isso, o autor utilizou uma metodologia tanto interpretativa do direito, quanto das práticas jurídicas e, como isso, contrapôs-se à tradicional visão descritiva e semântica assumida por aqueles que se propunham a estudar as teorias do direito.

Na visão do filosofo politico, o Direito é um conjunto de práticas sociais que devem ser interpretadas. Ele vê o direito como uma pratica interpretativa. É certo que que a interpretação no direito não é inovação de sua teoria. Stephen Guest (2010) avisa que já muito antes se alinhava direito e interpretação. O novo é que a questão principal na obra do autor é o sentido dado por ele no ato interpretativo, o que influencia na atuação de juízes e tribunais.

Ressalta-se que Dworkin ao desenvolver sua teoria em substituição acabou por apontar criticamente os pontos de falha do convencionalismo e do pragmatismo. Tais pontos serão analisados a seguir.

2.1 As falhas do Convencionalismo

Inicialmente, Dworkin distingue o convencionalismo entre estrito e moderado. Contudo, para fins de análise, o autor acaba focando no convencionalismo estrito. Para o filosofo, o convencionalismo significa que a coerção deve ser limitada, podendo somente ser utilizado nas situações em que uma decisão política do passado autorizou seu uso. O deferimento do convencionalismo advém de convenções jurídicas, ou de normas celebradas por instituições e segundo procedimentos indicados nessas convenções. (DWORKIN, 2007, p. 143)

Para ele, a coerção é mais bem aceita quando seu uso fica subordinado à prévia estipulação de fatos simples e universalmente conhecíveis. Isto é chamado de ideal das expectativas asseguradas. Com isso, evita-se, que autoridades diversas, com diferentes noções de moralidade política, tenham o controle exclusivo do poder de coerção. (DWORKIN, 2007, p. 146)

Na teoria do direito segundo o convencionalismo há preferencia pela aplicação de uma norma, independentemente do fato de ser correta ou não, injusta ou não. O que importa que numa visão a longo prazo, tal norma é a melhor solução. Tudo porque advêm de uma convenção acessível a todos (DWORKIN, 2007, p. 10-11)

Percebe-se que a referida teoria torna-se possível para casos corriqueiros em que não há divergência sobre o direito a ser aplicado, tais como uma ação de improbidade administrativa ou mesmo um crime de peculato, por exemplo.

Entretanto, não se pode falar o mesmo dos chamados *hard cases*. Dworkin utilizou a expressão para significar os casos que não são corriqueiros e que não há uma fácil subsunção do fato a norma. Aqui, embora o direito seja tratado como fato são apresentadas duas situações: ou não existe norma clara que resolva a situação, ou até existe uma norma, mas se analisada no caso individual, não é possível saber o que ele indica para este caso concreto. E mais, pode haver mais de uma norma e, diante de suas posições que podem ser

concorrentes ou contraditórias, com isso, causa conflito e não se tem certeza qual usar.

Na visão de Herbert Lionel Adolphus Hart, o convencionalismo atende a tais problemas. Neste caso, assegura o filosofo que o juiz tem papel decisivo. Cabe a ele usar de seu poder discricionário e solucionar o conflito. O fato de não haver norma precedente, não ha como apontar uma resposta certa, mas respostas possíveis.

Sobre estas possíveis respostas, Dworkin, tenta colocar a solução de problemas difíceis nos princípios, nas leis, no Direito, mas nunca na discricionariedade, ou seja, livre arbítrio do julgador:

> O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeitada ambição que a integridade assume a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN,2007, p. 451).

Já para Hart, negando a ideia de princípios de Dworkin, afirma que em casos difíceis (por exemplo, o caso de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos) o juiz deve usar a discricionariedade, pois não há como prever uma resposta para todos os conflitos que apareçam:

> O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito (HART, 2001, p. 335).

Percebe-se que o convencionalismo é contraditório. Isto porque apesar de apenas reconhecer como direito o que for previamente convencionado como dito pelo direito, há um agravante: ele admite que o juiz possa, discricionariamente, criar a norma que será utilizada para a solução do caso concreto, quando inexistente uma convenção que indique previamente como solucionar o conflito.

Com isso, o convencionalismo amplia os poderes do juiz. A norma pode ser interpretada de forma diferente caso a caso, a depender do juiz e de suas ideologias, o que não é permitido pelo modelo teórico.

Por fim, Dworkin assegura que o convencionalismo não é capaz de solucionar problemas difíceis (DWORKIN, 2007, p. 12). Para o autor, a teoria causa divergência teórica sobre o que é o direito e sobre seus fundamentos.

Menciona Dworkin que o problema nunca foi discutir se os juizes devem interpretar, por exemplo, a Constituição, mas se saber como será esta interpretação, pois acaba sendo suavizada pela atuação discricionária de juízes e tribunais.

2.2 Críticas ao Pragmatismo

Para Dworkin, o pragmatismo também não atende aos fundamentos do direito, ao entender, contrariamente ao convencionalismo, e, também, ao direito como integridade, que as decisões políticas do passado não oferecem qualquer justificativa para o uso da coerção pelo Estado. (DWORKIN, 2007, p. 185)

Na visão pragmática das pretensões juridicamente tuteladas (dos direitos) há muita estratégica, servindo mais como um meio, do que propriamente como um fim em si mesmo, para a produção da melhor comunidade futura.

Esta concepção de pragmatismo lançada por Dworkin é criticada por Richard Posner, pois este afirma que os juízes pragmáticos sempre tentam fazer o melhor para o presente e para o futuro (POSNER, 1999, p. 241).

Na visão de Richard Posner (2009, p. 423-424) o ativismo judicial não é visto como revolucionário, "mas um elemento para a concretização de direitos fundamentais enraizados na ideia de que ao decidir, o juiz tem o seu processo e, assim, pode fazer decisões discricionárias". Trata-se de um ativismo comprometido conscientemente ou não com as consequências da decisão.

Em contrapartida, mais uma vez Ronald Dworkin (2007), critica veemente esse pragmatismo consequencialista utilitarista. Para o autor, um juiz ativista ignora toda uma cadeia de situações que não se ajustam a pratica constitucional:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da constituição, a historia de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as duradoras tradições de nossa cultura politica. O ativismo ignora tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer pratica de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devam ajustar-se à pratica constitucional, e não ignora-la (DWORKIN, 2007, p. 272).

Ao contrario do pragmatismo, que adota critério pratico de dotar este ou aquele princípio para ajudar a melhorar as coisas, Dworkin entende não estar dando ensejo ao ativismo judicial, "porque o seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado pela própria consciência, e sim vinculado a pratica constitucional de um País que adote a visão da direito como integridade (Estados Unidos, segundo Dworkin)" (RAMOS, 2010, p. 36).

Contudo, segundo Dworkin, o pragmatismo deixa de lado o ideal de moralidade política exigida do governo, segundo a qual este deve agir de modo coerente a fim de que os ideais de justiça aplicados sejam estendidos a todos os cidadãos sem distinção. Esta moralidade politica é chamada pelo autor de integridade política. . (2007, p. 199)

Tal integridade exige que o Estado seja identificado como uma comunidade personificada, independente de seus cidadãos e de suas divergências, e portadora de uma moral própria, assim como uma pessoa. Para ele, o Estado deve agir segundo um conjunto coerente de princípios, assim como se espera que um vizinho haja de acordo

com as convicções que permeiam sua vida em situações importantes. (DWORKIN, 2007, p. 201-202).

Assim, ao pragmatismo, faltaria um elemento essencial: uma unidade de princípios. E a falta destes, em caso de decisão, poderiam mudar a cada novo *hard case*, adotando-se outras decisões contemporâneas.

2.3 O Direito como Integridade como uma teoria que se aplica a *Hard Cases*

É bem percebido por Dworkin (2007, p. 212) que o percurso para a comunicação democrática e consistente entre os poderes passa pela incorporação do que chama de integridade. Para ele é necessário, em primeiro lugar, assumir que as comunidades políticas democráticas devem ser comunidades de princípios, e não apenas comunidades de interesses ou de regras: têm-se dois princípios de integridade politica: "um princípio legislativo, que pedem aos legisladores que tentam tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um principio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista coerente neste sentido". Para o autor, o principio legislativo faz parte de nossa pratica politica, a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa pratica pode ignorá-lo.

No mesmo sentido, Ronald Dworkin demonstra o direito como integridade:

> (...) É diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidam casos difíceis é essencialmente, não apenas contingente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.(2007, p. 273)

A ideia de integridade, portanto, repagina o conceito de autogoverno. Deve-se evitar uma representação simbólica do povo. A comunidade constituída por princípios, como propõe Dworkin (2007) exige que toda manifestação de

poder (e não apenas a legislação) se interligue a estes princípios, assim, transpõe o povo como titular direto deste poder.

O direito como integridade pode ser aplicado como a alternativa viável indicada por Dworkin para a solução dos problemas e decisões difíceis. Tal teoria afirma que a caracterização do direito se da a partir de uma coerência de princípio, ou seja, uma integridade principiológica compartilhada por uma comunidade e buscada por aquele que ira interpretar o ordenamento jurídico.

Para o direito como integridade, o Estado é visto como uma entidade autônoma, una, portadora de suas próprias convicções e de seus próprios ideais políticos, extraídos dos princípios identificáveis durante sua atuação, com os quais deve ser coerente e estar sempre compromissado.

Aqui, não há espaço para a existência de um Estado em que a comunidade de cidadãos apresenta convicções morais e politicas diversas.

Em verdade, o direito como integridade é tido como um ideal político do Estado. O que ocorre é uma interação com a virtude da equidade, com a justiça e com o devido processo legal adjetivo, de modo que cada um desses ideais políticos assuma a coerência como norte, e o compromisso com a coerência dos princípios da comunidade personificada possa justificar a si mesmo. (DWORKIN, 2007, p. 200-201)

Dworkin explica que a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos, ou seja, métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado, a procedimentos e praticas que atribuam a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influencia sobre as questões que os governam. (DWORKIN, 2007, p. 200)

Já a justiça, explica o autor, pelo contrario, se preocupa com as decisões que as instituições politicas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas om equidade. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos. (DWORKIN, 2007, p. 200)

Ressalta-se que o direito como integridade, como elemento interpretativo-construtivo, advém dos debates hermenêuticos de Dilthey,

Gadamer e Habermas que embora com divergências ajudam na teoria (DWORKIN, 2007, p.62-63). Trata-se de uma de uma comunidade personificada com a individualização dos princípios políticos a que deve respeitar.

Mas o que indica tal teoria? Nela, haverá uma construção do direito à luz da integridade, ou seja, interpretar as práticas jurídicas não somente segundo os princípios e fundamentos contemporâneos ao momento de sua criação, ou seja, do hoje, mas, sim, de acordo com aqueles que, hoje, conseguem uma união do direito, e o tornam principiologicamente mais coerente. Este será os instrumentos de juízes e legisladores.

Assim, a interpretação retira o momento de produção da prática jurídica que deu origem ao direito, e ela é recriada com um fundamento melhor, com o intuito de que o direito possa ser visto de melhor maneira possível, e assim, o seu autor como a melhor interpretação se ele tivesse acesso prospectivo ao seu desenvolvimento e ao seu contexto até o momento da interpretação. O que o interprete deve fazer seria igual a um diretor de teatro, que, ao reinterpretar uma obra de Shakespeare, por exemplo, deve dar uma nova contextualização, imaginando, de certa forma, o que crê que o autor (como diretor) teria feito se pudesse ter visto como seria o mundo contemporâneo. (DWORKIN, 2007, p. 69-81)

As etapas da interpretação seriam: primeiro, deve haver uma etapa pré-interpretativa na qual serão identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da pratica; em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o interprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da pratica identificada na etapa pré- interpretativa; por fim, deve existir uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora a qual ele ajusta sua ideia daquilo que a pratica realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa (DWORKIN, 2007, p.81-82)

Importante ressaltar que o interprete fara a interpretação participando do evento. Assemelha-se a um romancista em cadeia, que vai fazer parte de uma

parte do romance, adquirindo-o já parcialmente escrito e devendo repassa-lo a outrem antes que o finalize. Assim, a interpretação do direito é eminentemente construtiva, pois o intérprete, ao mostrar o direito em sua melhor luz, acaba por se unir ao interpretado, mostrando-o não como o direito de uma comunidade personificada em sua melhor interpretação, mas como o direito de sua comunidade personificada em sua melhor interpretação.

Ressalta Dworkin:

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em serie; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capitulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve escrever seu capitulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (2007, p. 276)

O princípio da integridade na legislação, aplicada aos legisladores e o princípio da integridade no julgamento, realizado nos aplicado aos juízes são os dois princípios do direito como integridade. O primeiro pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios; o segundo princípio, pede que os responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido. (DWORKIN, 2007, p. 203)

Dworkin explica que não se deve utilizar o método interpretativo convencional das intenções do locutor no direito como integridade. Em tal intenção, supõe-se que a legislação é uma ocasião ou um exemplo de comunicação, e que "os juízes se voltam para a história legislativa quando uma lei não é clara, para descobrir qual era o estado de espirito que os legisladores tentaram comunicar através de seus votos". (2007, p. 379). Apesar disso, tais intenções devem ser levadas em consideração, especialmente no momento da interpretação realizada pelos juízes, em tal caso as intenções tenham sido expostas em um pronunciamento oficial emitido pela entidade competente e hábil a clarificar a própria essência da comunidade de princípios.

A par disso, pode ocorrer que os ideais políticos, tais como, justiça, equidade e devido processo legal adjetivo se contradirão, principalmente nos

hard cases. A função do intérprete é encontrar, nessas hipóteses, a maior coerência possível entre os princípios, colocando sua interpretação dividida em duas etapas, e que parte de uma centralidade temática para círculos mais amplos de interpretação:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade “decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura politica e da doutrina jurídica de sua comunidade”. (Dworkin, 2007, p. 305)

Esclarece Dworkin:

> Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua analise preliminar não fizer prevalecer entre uma ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele deve então fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral politica, a estrutura das instituições e decisões da comunidade-suas normas politicas como um todo. (...) (2007, p. 306)

Em primeiro lugar, o intérprete não pode adotar nenhuma interpretação que, segundo lhe mostre, tornaria a comunidade de princípios um tanto quanto inconsistente, no inicio ou no fim da interpretação. Lembrando-se do romancista em cadeia, que ao dar continuidade a uma obra, ele deve assumir uma interpretação do que já foi feito (e que conduzirá seu trabalho), que seja a mais coerente possível com os elementos da obra (tema, trama, objetivo, personagens, etc.), tanto por quem já escreveu quanto por quem terá a tarefa de escrever, tornando o produto final, assim, tão substancial quanto possível e de modo a que sua interpretação permeie todo o texto. (DWORKIN, 2007, p. 276-277)

Espera-se que os romancistas levem mais a serio suas responsabilidades de continuidades, “devem criar em conjunto, ate onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”. (DWORKIN, 2007, p. 276)

Pode ocorrer que haverá casos em que mais de uma interpretação resultara ao teste. Em tal caso, o intérprete deve aplicar um segundo teste. No segundo teste, cabe ao intérprete julgar qual das possíveis interpretações.

O intérprete deve escolher, entre as interpretações possíveis, aquela que, segundo suas convicções morais e políticas, apresenta as instituições e as decisões de sua comunidade de princípios em sua melhor interpretação (DWORKIN, 2007, p. 277).

Far-se-á um novo exame de adequação pelo intérprete. Isto porque as virtudes políticas (equidade, justiça e devido processo adjetivo) possuírem peso e importância distintos a depender das convicções de cada intérprete, e poderá causar influências.

Ainda que a contradição entre essas virtudes seja de solução dificil em todas as interpretações possíveis, neste segundo juízo de adequação, elas não serão excluídas, cabendo ao intérprete escolher, de acordo com a integridade, qual delas melhor coordena tais virtudes, mostrando o direito do melhor modo possível.

Para Dworkin, é inevitável a divergência entre os juízes, especialmente quando da realização desse segundo juízo de adequação, porquanto a importância das virtudes é estipulada segundo as convicções de cada intérprete. Ainda assim, o direito como integridade deve ser mantido, pois é preferível que o intérprete confirme e reforce a natureza de princípio da comunidade personificada ao invés de se criar um direito novo. (2007, p. 314)

De acordo como o direito como integridade a legislação e os precedentes judiciais como capítulos que pertencem ao romance em cadeia, devem ser levados em consideração pelo intérprete quando do desenvolvimento da melhor interpretação possível a respeito dos princípios da comunidade personificada.

Quanto aos precedentes, Dworkin elenca que se uma instituição politica só for coerente quando repetem suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então, para ele, a integridade não é coerente. A integridade demanda que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, um tanto quanto possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Ajunta formulando a ideia de que se "uma instituição que aceite esse ideal ás vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos

princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo". (2007, p. 263-264)

Ressalta-se que a constituição é vista como um tipo especial de legislação na criação deste romance em cadeia e deve ser incluída na teoria da interpretação construtiva do direito como integridade, pois é levado em consideração seu caráter inerente de decisão fundamental principiológica e política da comunidade.

Entretanto, o problema cresce quando o debate se assenta na legalidade, isto é na existência de uma lei clara e objetiva que identifique certo direito. No tópico a seguir, se verá a aplicação da teoria de Dworkin na desaposentação.

3 ANÁLISE DE LEGALIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO SOB O OLHAR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Avaliando-se o tema desaposentação percebe-se que há diversos posicionamentos sobre o assunto, com aplicação ampla e intensa pelo judiciário.

Primeiramente deve-se saber o que é a desaposentação mostrando-se o debate jurídico. Após, os motivos de negação de órgão administrador do sistema previdenciário, visão do Poder Executivo e solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao tema. Por derradeiro, vê-se a desaposentação sob o viés de um conceito de Direito concebido como um conjunto coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade.

Neologismo criado pelo jurista Wladimir Novaes Martinez (2007) para designar o ato de desconstituição do beneficio, representando renuncia às mensalidades antes mantidas e uma nova aposentação ou não, a desaposentação é uma criação doutrinária dentre vários temas controvertidos do Direito Previdenciário brasileiro.

É grande a insatisfação dos aposentados com o valor de seus proventos, notadamente os reajustes anuais, fato que tem motivado o retorno ao trabalho de muitos deles para complementação da renda mensal. Ao voltarem para suas

atividades laborativas, tornam-se novamente segurados obrigatórios do regime geral e sujeitos passivos do tributo da contribuição previdenciária.

Partindo-se do senso comum, entendem que seria justo receber uma contraprestação pelo pagamento da contribuição previdenciária, motivo pelo qual postulam a desaposentação como revisão do valor do beneficio.

Ibrahim (2011, p. 701) ensina que a desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral da Previdência Social ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, “com o único objetivo de possibilitar a aquisição de um benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário”.

Assim, com o fim de obter novo benefício com melhores condições, em razão do novo tempo contributivo, surge a vontade da desaposentação.

No contexto atual, a desaposentação não possui previsão legal especifica na lei de benefícios que trate da possibilidade de renúncia de aposentadoria com proveito de tempo de contribuição anterior na concessão de novo beneficio, seja na redação atual seja na originaria, razão pela qual é negada pelos órgãos administrativos, os quais ainda argumentam pela violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Nesse sentido, o INSS não vem permitindo tal instituto, pois o Regulamento da Previdência Social (Decreto n°. 3.048/99) não deu vazão para tal direito.

Mesmo assim, o instituto da desaposentação ou desaposentadoria realiza-se em mais de 7 mil ações que tramitam em várias instâncias do Poder Judiciário (ANFIP, 2013). Nada mais é que uma luta entre o INSS e segurados que buscam na justiça efetivação de direitos.

Em diapasão, para o Ministério da Previdência Social a desaposentação é tida como um conceito que não existe. Para a Assessoria de Comunicação Social do INSS renunciar à aposentadoria não gera a desaposentação. “O ministro Garibaldi Alves não comenta matérias que estão tramitando na justiça, alega a assessoria a um pedido de entrevista com o ministro” (ANFIP, 2013, p. 13).

Segundo o trato dado pelo INSS, são mais de 500 mil os aposentados que retornaram ao mercado de trabalho com carteira assinada (ANFIP, 2013).

Posteriormente e com o surgimento de vários projetos de lei sobre o tema, o Poder Executivo, vendo a propagação divulgou pela primeira vez a despesa que será gerada para os cofres públicos caso o Supremo Tribunal Federal reconheça o direito à desaposentação, requerido hoje por milhares de ações em tramitação nos tribunais brasileiros. Segundo o governo, as ações podem provocar uma despesa de R$ 70 bilhões. O universo de aposentados beneficiados é estimado em 500 mil pessoas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

A par disso, a negativa desse direito de segunda geração repaginado ganha mais força por meio do discurso do Governo sobre o déficit previdenciário.

Segundo dados de agosto de 2012, a arrecadação alcançou a cifra recorde de R$22,5 bilhões. Para o Poder Executivo, não se trata de grande feito, mas deu-se à formalização de empreendimentos e de trabalhadores. Em ano anterior, com a inclusão de aproximadamente quatro milhões de novos segurados ao sistema, o Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS), divulgou que a Previdência contava com 64,3 milhões de contribuintes. Entretanto, nem assim, afastou-se o discurso do déficit previdenciário (ANFIP, 2013, p. 19).

E mais, um rombo de R$ 36 bilhões nos cofres previdenciários foi o que foi dito em 2012 pelo Ministério de Previdência e Assistência Social (MAPS). Em linhas gerais, fala-se na diferença entre o que é arrecadado e o que é pago em aposentadorias e em pensões, e em benefícios como auxílios acidente, doença e reclusão e os salários família e maternidade. Já em setembro de 2013, sobre os índices de 2012, o Ministério informou que a arrecadação foi de R$ 21,1 bilhões, e as despesas, de R$ 26,1. Um saldo negativo de R$ 5 bilhões (ANFIP, 2013, p 19).

Segundo a ANFIP (2014), a Seguridade registrou em 2013 uma arrecadação de R$ 651 bilhões, o que representa 57% de toda a arrecadação da

Receita Federal do Brasil, e efetuou despesas de R$ 575 bilhões. Dos R$ 76 bilhões de superávit, R$ 51 bilhões foram desvinculados por meio da DRU (Desvinculação das Receitas da União).

Apesar do referido superávit, o INSS calcula impacto financeiro de R$ 70 bilhões caso a decisão já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça permaneça. Para a autarquia, existem mais de 123 mil processos judiciais em todo o país sobre esse tema (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

No Poder Judiciário, após avalanche de pedidos de desaposentação a jurisprudência, de modo geral, acolheu o instituto e seus fundamentos em todos os tribunais regionais federais (AC 200561040082099, Juiz Sergio Nascimento, TRF 3- Decima Turma, 27.01.2010 e AC 200971000172414, Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia, TRF 4- Sexta Turma, 05.02.2010), sendo que a matéria esta pacificada no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n° .1334488-SC). O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral sobre o tema, através do RE 381.367, o qual esta pendente de julgamento.

No Recurso Especial n°.1334488-SC, o Superior Tribunal de Justiça criou jurisprudência pacifica sobre o assunto ao afirmar que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 8.213/91, ao contrario, deu-se ao dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS. O referido Tribunal deferiu o direito: a aposentadoria é tratada como direito disponível, por isso, sujeito a renúncia. Com a decisão, o segurado poderá reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de novo benefício no mesmo regime ou em outro previdenciário. Concluiu que não precisava haver a devolução dos proventos já recebidos, devido a natureza alimentar da aposentadoria.

Após se saber o que ocorre atualmente com a desaposentação, para a caracterização de um caso difícil de legalidade e aplicação da teoria de Ronald Dworkin, vamos supor que uma pessoa já aposentada há trinta anos voltou a laborar quase dois anos após a aposentadoria e permanece até os dias atuais trabalhando, requereu a incorporação do tempo trabalhado para acrescer sua

aposentadoria, teve seu pedido julgado improcedente numa ação ordinária por um juiz federal, a qual foi reformada pelo Tribunal Regional Federal.

Seguindo-se o caso hipotético, o INSS opôs Embargos de Declaração que foram rejeitados. Coube ao segurado interpor Recurso Especial com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal. Para configurar a divergência jurisprudencial, apontou várias decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que entendem pela desnecessidade de devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que pretende renunciar.

O INSS também interpôs Recurso Especial com embasamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal. Sustenta violação do art. 535 do CPC e do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. Aduz que o citado dispositivo da Lei de Benefícios veda a renúncia à aposentadoria concedida. O Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial do segurado e não admitiu o do INSS. Tal autarquia agravou a decisão. Chegando os recursos no Superior Tribunal de Justiça sob o regime de recursos repetitivos.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso chega a um relator, o qual será um defensor do direito como integridade e terá a tarefa de resolver o problema. Seu voto poderá decidir o problema se a desaposentação é legal, ou se a renuncia da aposentadoria para acrescer novo tempo não tem autorização legal.

Diante desta situação, o ministro relator vê por bem analisar cada uma das afirmações realizadas pelos interessados e pelos pares que já votaram em ambas as posições, bem como os precedentes citados. Ele sabe que, segundo o método proposto por Dworkin, por ele adotado, primeiramente deve verificar se a discórdia entre as posições contrárias tem origem em uma divergência teórica sobre o direito.

Se a resposta for positiva, ele passa a classificar cada um dos argumentos e dos precedentes utilizados pelos os dois lados, e os que entende poderem ser utilizados, embora até então não mencionados, dividindo-os entre os que privilegiam a procedência do pedido, os que utilizariam para julgá-lo parcialmente procedente (posição não utilizada por nenhum dos outros magistrados), e os que resultariam na improcedência do pedido.

Separados os argumentos, incumbe ao ministro agora considerar cada uma das posições, promovendo o primeiro teste , ou seja, o teste de adequação, para ver se quaisquer das interpretações viáveis, tendo em vista os argumentos e os precedentes que as subsidiam, apresenta uma inconsistência apta a impedir a coerência de princípio e, consequentemente, a que a interpretação do direito da comunidade de princípios seja a melhor possível para o caso da desaposentação.

Pela procedência do pedido concorrem o direito a aposentadoria como direito disponível, por isso, sujeito a renúncia. O segurado poderá reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de novo benefício no mesmo regime ou em outro previdenciário. Concluiu que não precisava haver a devolução dos proventos já recebidos, devido à natureza alimentar da aposentadoria.

E mais, analisa que é, cada vez mais, um maior número de pessoas (diante dos baixos valores dos benefícios previdenciários e do aumento significativo da expectativa de vida) que permanecerá prolongadamente no mercado de trabalho, sem fazer jus a benefício adicional por isso, conforme visto, ou a qualquer reajustamento de seu benefício atual (conforme disposição atualmente contida no art. 18, § 2º, da Lei de Benefícios).

Pela posição intermediária concorrem à jurisprudência de alguns juízes federais, no sentido de que a desaposentação é possível, desde que exista um ressarcimento dos cofres públicos pelo tempo que o segurado esteve aposentado, sob pena de enriquecimento ilícito deste. Mas ressalva que não bastará a simples remessa desse contingente de segurados para a Previdência Privada, a título de opção preferencial para melhoria do valor das aposentadorias. Elenca que deve existir previsão, dentro do Regime Geral de Previdência Social, de aproveitamento, em prol dos segurados, das novas contribuições daqueles que permanecerem ou voltarem a trabalhar, dadas as novas condições da Previdência Social e do mercado de trabalho.

Pela improcedência do pedido podem ser citados que não há lei que diga claramente tal direito, que o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº.

3.048/99) não deu vazão para tal direito e que causaria um rombo nos cofres públicos a partir de dados da própria autarquia federal.

Como resultado de um exame inicial, ou seja, de adequação, o ministro verifica que todas as posições se mostram aptas. Todas elas possuem argumentos que poderiam ser interpretados de forma que se mantivesse a integridade exigida pela teoria, e não quebram a coerência de princípio, caso contrário, seriam vetadas de inicio.

Diante desse perfil, só cabe ao ministro dar início ao segundo teste, ou melhor, de justificação, ou de conteúdo, para o qual escolherá qual interpretação dos argumentos e dos precedentes, e, consequentemente, qual posição, mostra o direito como integridade.

Ressalta-se que ele deve tomar cuidado como o ceticismo exterior, mas deve realizar a interpretação que lhe é demandada levando em consideração que faz parte da comunidade cujos princípios ele interpretará da forma mais coerente possível.

Cabe ao ministro, também, lembrar que, apesar de manter uma opinião pessoal favorável a desaposentação, ele não pode deixá-la se sobrelevar à sua convicção sobre qual interpretação mostrará sua comunidade de princípios da melhor maneira possível. Se fizer ao contrario, o direito como integridade seria colocado de acordo com a identificação moral pessoal do julgador, tornando verídicas as teses do realismo jurídico, segundo a qual o magistrado julga conforme suas convicções e não conforme a lei.

Assim, segue-se à avaliação dos ideais políticos já mencionados, a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo, nas interpretações possíveis, a fim de que o ministro escolha a interpretação que entenda coordenar esses ideais do melhor modo frente aos princípios de sua comunidade personificada.

Ressalta-se que ele é favorável às posições que ponham em relevo a equidade, porquanto entende que, em questões que não exista uma lei clara, decisões realizadas pelo processo político possuem o mérito da proporcionalidade e do amplo debate que não pode ser negado pelo Judiciário.

O ministro alcança um bom argumento a favor da equidade na interpretação segundo a qual o pedido é improcedente em razão da presunção da não existência de uma lei criada pelo processo democrático que deferisse a desaposentação.

Não obstante, ele também percebe a importância da justiça nas questões legais, ocasião em que são fixados seus padrões mais abstratos e gerais. O Superior Tribunal de Justiça analisa casos baseando-se no princípio da proporcionalidade, um evidente parâmetro de análise da justiça nas interpretações.

Ele aceita a ideia de que a interpretação segundo a qual o pedido deve ser julgado procedente pela não violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade seja um bom argumento a favor da justiça. Ele analisa que a longevidade está em crescimento e que mais e mais pessoas já aposentadas ingressam no mercado de trabalho.

Por razões similares, ele entende que a interpretação que levaria a uma posição intermediária é também coerente com sua comunidade de princípios, em especial nos parâmetros de justiça, por permitir que a autarquia federal tem maior propriedade para falar do equilíbrio atuarial do sistema.

Contudo, um problema é identificado nas interpretações que levariam à procedência ou à parcial procedência do pedido. Ambas deixam de considerar o direito à aposentadoria mesmo abarcando um contingente de beneficiários, pode desaguar na analise do custos dos direitos e escassez de recursos.

Assim, a decisão a respeito do direito à desaposentação se torna crucial, inclusive, para a resolução dos conflitos entre os ideais políticos. Se entender, como a melhor interpretação possível do direito de sua comunidade, que o segurado que voltou a laborar tem direito a acrescer sua aposentadoria, então sua decisão deveria necessariamente ser pela procedência do pedido.

Isso, porque, do contrário, ele agiria contra o direito como integridade, pois apesar de estar convicto de que a melhor interpretação seria a que reconhecesse não ter o segurado o direito a desaposentação, o ministro ainda assim entenderia legal a renúncia a aposentadoria.

Em tais casos, a defesa das interpretações, que resultariam seja na procedência, seja na parcial procedência do pedido, como as melhores interpretações do direito de sua comunidade, embora reconhecido o direito a desaposentação, não seria, igualmente, uma ofensa ao direito como integridade.

Não há, portanto, como prosseguir na solução do caso sem que se responda a estas perguntas: o aposentado deve voltar ao mercado de trabalho com o único fim de acrescer sua aposentadoria? Quando beneficia o cidadão pode-se renunciar a aposentadoria? E a maior tempo de expectativa de vida das Pessoas? E a questão da inversão da pirâmide etária? E quanto ao maior tempo de permanência das pessoas no mercado de trabalho? O desemprego permanente ou prolongado das pessoas com mais idade? As perguntas são muito profundas, e vão além de uma simples divergência teórica sobre o direito. Em verdade, realiza-se uma divergência teórico-filosófica, cujas respostas produzem variações no âmbito jurídico, sobre o que é o direito a aposentadoria e sobre déficit que as diversas desaposentações podem causar aos cofres públicos, e o ministro se vê, então, em um impasse.

Percebe-se que o caso, que já era difícil, passou a exigir-lhe respostas em perguntas sobre as quais nunca refletira tanto no âmbito de conhecimentos técnicos sobre longevidade, por exemplo, quanto nos diversos discursos construídos sobre o tema e que nem mesmo sabe se possuem respostas que vão além da mera especulação.

Por isso, o ministro não se sente seguro em dizer, com a convicção de acordo com o direito como integridade, qual a resposta certa nesta questão, ou qual seria a interpretação do direito a desaposentação que produziria a unidade do direito de sua comunidade de princípios.

Caberia a ele manter um ideal de que sempre há uma resposta certa, e solucionar o caso mesmo não estando seguro, ou, melhor dito, convicto da interpretação dada? Existiria, ainda assim, uma única interpretação certa que pudesse ser dada pelo ministro com a convicção de que fornece a melhor interpretação do direito dentro de sua comunidade?

Ressalta-se que se outro ministro se deparasse com o mesmo dilema adepto ao direito como integridade ficaria, também, com problemas na hora se solucionar. A par disso, é razoável exigi-lhes apenas uma resposta correta se nem eles sabem se há apenas uma resposta, ou ainda, quais possíveis respostas a depender do caso abordado?

Relembra-se que as leis brasileiras não permite que o magistrado se escuse de sua desempenho de julgar, salvo raros casos de impedimento e de suspeição, os quais foram traçados no Código de Processo Civil.

Mas no caso da desaposentação, imagina-se que o ministro não esta impedido nem suspeito. E mais, ele acredita que nenhum outro ministro faria diferente, ele deve dar prosseguimento ao seu voto, buscando a interpretação que consiga cumprir integralmente às exigências do direito como integridade.

O ministro já se convenceu que, se for depender da análise do direito á aposentadoria, encontrará obstáculos teórico-filosóficos, os quais ele considera intransponíveis. Deste modo, cabe a ele buscar a solução de modo a não perpassar por caminhos tortuosos.

Ele até poderia entrar na analise das possíveis posições acima indicadas, bem como de suas respectivas fundamentações, ignorando a controvérsia relativa ao direito a uma aposentadoria digna. Entretanto, não estaria agindo conforme o direito como integridade, ao omitir um conflito filosófico imprescindível para sua solução.

Assim sendo, o ministro olha cada posição e suas respectivas interpretações, de maneira individual, e verifica se alguma delas poderia ser defendida sem que a controvérsia a respeito do direito à uma aposentadoria digna fosse de qualquer forma relevante.

A par disso, a interpretação que defende a improcedência do pedido é excluída, pois demanda a análise de argumentos de justiça que, inevitavelmente, levariam ao dilema. A interpretação intermediária também, pois se assemelha, em muito, à interpretação pela procedência, inclusive no embasamento em argumentos de justiça.

Por fim, segue para a interpretação segundo a qual o pedido deve ser julgado procedente. Existem argumentos de justiça, e equidade, a serem analisados. Logo, ao levar-se em consideração a equidade e a justiça ele percebe a desaposentação não tem o condão de contrariar preceitos legais, uma vez que visa à proteção individual, e jamais poderia ser utilizada em desvantagem para o indivíduo e, num segundo momento, para a sociedade. Ressalta ele que para se chegar à desaposentação ocorreram várias contribuições do interessando, ainda que aposentado.

O ministro, então, chega numa interpretação que, acredita, mostra o direito de sua comunidade em sua melhor luz, e, por isso, julga o pedido procedente.

Elenca-se que se ele tivesse uma interpretação respondendo ao conflito teórico-filosófico surgido, teria ficado mais satisfeito. Ele sabe que, diante de suas convicções sobre sua comunidade de princípios, a interpretação dada era a única correta.

Pode ocorrer que o uso do direito como integridade demande uma resposta certa em temas cuja própria convicção do ministro aponta para a existência de várias respostas possíveis, ou, até mesmo, para a inexistência de uma resposta, em razão das próprias limitações impostas pelas condições de possibilidade do conhecimento técnico e do discurso de diferentes órgãos que estudam o tema.

Entretanto, carece ao ministro a confiança que se lhe exige para a assumir um posicionamento, o que, presume que também ocorreria com qualquer outro juiz na mesma situação e com o mesmo substrato teórico. A par disso, não é razoável exigir a ele apenas uma resposta.

A teoria do direito com integridade ressalta que o direito da comunidade de princípios seja interpretado da melhor maneira possível, e para tanto, haverá ocasiões, como na desaposentação em que a melhor interpretação será exatamente a que deixar o debate a tais questões a outras campos. Isto porque exige conhecimento no crescimento populacional, envelhecimento, mercado de trabalho, déficit previdenciário, direito a uma aposentadoria digna etc. Ao

intérprete, caberá dar um passo atrás, e decidir, nos limites de sua possibilidade, qual interpretação revela o direito em sua melhor versão.

Entretanto, outro ministro poderia pegar a temática e resolve-la de modo diferente, o que é elencado por Dworkin no seu livro *O império do Direito (2007)*. Perceberia que cada um deles apresentam convicções diferentes sobre quais são e qual a relevância das virtudes políticas de dentro de sua comunidade.

Por fim, utilizar como meta a teoria do direito como integridade, claro que haverá uma resposta correta. Será a que indicar, segundo sua convicção, o direito de sua comunidade de princípios em sua melhor performance.

4 CONCLUSÃO

De tudo já elencado, a teoria do direito como integridade acaba sendo um veículo substancial aos problemas que a teoria do direito enfrenta.

Contudo, dizer que a teoria dirá sempre uma resposta correta à questão de qual a melhor interpretação do direito da comunidade de princípios poderia ser entendido de forma incorreta, desde que mal explicada. E isto, poderá ir contra todo o acerto da teoria esclarecida no texto.

De acordo com as análises apontadas, não é dever de o intérprete ir além de suas limitações no âmbito do conhecimento e do discurso. O que ele deve decidir é de acordo com sua comunidade de princípios. Deve deixar de lado, decisão baseada em ideias puramente morais ou até mesmo na sua discricionariedade.

Os juízes, enfim, os interpretes que agem de acordo com o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, uma melhor interpretação da estrutura política a da doutrina jurídica da sua comunidade.

O interprete deve deixar bem claro em sua decisão que seguiu uma interpretação lançada a partir do direito da comunidade personificada do

melhor modo, coordenando seus ideais políticos sobre os ditames da integridade.

Entretanto, se ao interpretar ocorra uma divergência para a qual entenda não haver resposta, ou respostas, pelas próprias condições da questão apresentada, não tragam a convicção exigida pelo direito como integridade, cabe ao interprete dar um passo em retorno e se limitar à esfera em que se mostre possível formar uma convicção sobre a interpretação que, considerados os ideais políticos de sua comunidade de princípios, apresenta o direito da melhor maneira possível.

Enfim, os casos difíceis são difíceis porque diferentes grupos de princípios se ajustam suficientemente bem a decisões do passado para serem considerados como interpretações aceitáveis deles. Assim sendo, advogados e juízes vão divergir sobre qual deles é mais equitativo ou mais justo, mas nenhuma das partes pode estar realmente certa, pois não existem padrões equitativos de equidade e justiça que um observador neutro pudesse utilizar para decidir sobre um deles.

A desaposentação apresenta um certo ar de dificuldade, embora se mostre um tema simples, pois já foi pacificado pelo tribunal guardião de leis federais (Superior Tribunal de Justiça). Primeiro porque não apresenta uma lei que a faculte; segundo, envolve outras práticas sociais, por exemplo, "o quanto essa nova face de direito de segunda geração vai custar".

Nesse enlaço, importa frisar que a atividade exegética, proposta por Dworkin, deve seguir o modelo do "romance em cadeia", ou seja, cada capítulo resulta da criação de quem escreve, sendo este sabido que vai atuar em material que já começou a ser produzido e, por isso, deve ser respeitado. Lembrando-se que a narrativa pode ter rumos modificados a cada novo capitulo escrito.

A desaposentação, como decisão judicial, não deve significar discricionariedade por cada tribunal escritor, pois existe sempre um fio condutor que se liga a condutas a valores éticos que compõe a melhor prática jurídica possível numa comunidade.

Em derradeiro, o principio judiciário de integridade orienta os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor (a comunidade personificada), demonstrando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Enfim, é um procedimento de interpretação construtiva , segundo cada juiz para chegar numa decisão válida, mesmo passando por uma suposta "indeterminação do direito", deve incialmente sustentar sua fundamentação numa teoria. A mesma se pautará na ordem jurídica vigente de tal maneira que o direito vigente será justificado a partir de um elenco de princípios e ser representado no direito em geral.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO BRASIL-ANFIP**.** **Seguridade Social e Tributação**. Brasília, ano XXII, nº 114, janeiro/maio, 2013.

______. **Seguridade e Tributação**. Brasília, ano XXIII, n. 114, abril/junho, 2013.

______. **Seguridade e Tributação**. Brasília, ano XXIII, n. 118, abril/junho, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-(0153).html. Acesso em: 12 de jul de 2014.

______. Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamenta da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 10 de jul de 2014.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº .1334488-SC, Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 08 de maio de 2013. Diário de Justiça de

14 de maio de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em: 01 de dez de 2014.

______.Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponivel em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=271349. Acesso em: 23 de jul 2014.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. de Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Traducao de Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 12 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Elementos atuais da desaposentação. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo/SP, n. 218, p. 7-24, ago.2007.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

______. **The problematic of moral and legal theory**. Cambrigde, US: Harvard University Press, 1999.

A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA O JULGAMENTO DAS AÇÕES IMPUGNATIVAS DE ATOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Hugo Moreira Lima Sauaia[62]

RESUMO: Este artigo discute o problema da competência jurisdicional para a revisão dos atos do Conselho Nacional de Justiça. Aborda-se inicialmente a figura do próprio Conselho diante do que dispõe a Constituição Federal emenda de 1988, bem como os precedentes já existentes do Supremo Tribunal Federal. Em seguida discorre-se sobre o direito fundamental à inafastabilidade da prestação jurisdicional, e os conceitos de jurisdição e competência. Ao final aborda-se diretamente a problemática da interpretação constitucional sobre a competência para revisão dos atos do Conselho Nacional de Justiça, apontando-se divergências e opinando-se pela interpretação mais adequada segundo os critérios interpretativos utilizados.

PALAVRAS-CHAVE: CONSELHO – CONSTITUIÇÃO – JURISDIÇÃO-COMPETÊNCIA

ABSTRACT: This paper discusses the problem of jurisdictional competence to revise the acts of the National Justice Counsel. Initially it analyzes the National Justice Counsel accordingly to what is defined in the constitution of 1988 and its amendments, and the precedents of the Federal Supreme Tribunal. Furthermore, it exposes the fundamental right to jurisdiction access and the concepts of jurisdiction and competence. At the end it approaches directly the problem of constitutional interpretation about the competence to revise the acts of the National Justice Counsel, appointing divergences and the most adequate interpretation accordingly to the used criteria.

KEYWORD: COUNSEL – CONSTITUTION – JURISDICTION - COMPETENCE

[62] Advogado em São Luís – MA e Brasília - DF, aluno do Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro do grupo de pesquisa e estudos Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania (IDP).

INTRODUÇÃO

A criação do Conselho Nacional de Justiça, por meio de emenda constitucional, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, inovou na estrutura administrativa, organizacional e disciplinar deste que tem sido reputado como o Poder menos transparente da república.

Estabeleceu-se um amplo raio de prerrogativas que têm o condão de interferir na atividade de toda a estrutura judiciária, seja em sua autonomia financeira, na realização de concursos, no julgamento de processos administrativo-disciplinares, ou na definição de óbices a contratações. Implementou-se, em verdade, uma nova realidade administrativa.

Tantas atribuições não poderiam deixar de se sujeitar ao controle jurisdicional, como exigência inarredável da possibilidade de controle judicial dos atos da administração pública, corolário da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

O presente trabalho visa discutir o problema da competência jurisdicional para julgar as ações que objetivem exatamente a revisão de atos praticados pelo Conselho Nacional de Justiça. Examina-se assim, primeiramente, o próprio Conselho, especialmente como definido estruturalmente na Carta Magna e por intermédio dos precedentes já existentes do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, prossegue-se abordando o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, e as definições de jurisdição e competência, para somente então adentrar-se a parcela final do trabalho, abordando-se diretamente as controvérsias sobre a definição desta competência, em busca da compreensão que melhor se adeque à sistemática constitucional brasileira.

Objetivos

O objetivo genérico do presente trabalho se encontra bem definido, trata-se de demonstrar de forma argumentativa qual a melhor for de se compreender a norma constitucional do art.102, inciso I, alínea "r" da Constituição Federal, quanto à competência jurisdicional para o julgamento de demandas que visem a impugnação de atos do Conselho Nacional de Justiça.

Os objetivos específicos serão: a) analisar a estrutura constitucional do Conselho Nacional de Justiça consoante o texto constitucional e os precedentes já existentes do Supremo Tribunal Federal; b) discutir as noções relativas ao direito à inafastabilidade da prestação jurisdicional, jurisdição e competência; c) apontar as correntes divergentes sobre a competência jurisdicional para impugnação dos atos do Conselho Nacional de Justiça e opinar pela interpretação constitucionalmente mais adequada.

Conselho Nacional de Justiça: definição constitucional e balizamentos pelo Supremo Tribunal Federal

Acompanhando ampla tendência mundial, em especial na América Latina por influência espanhola de criação do "Consejo General Del Poder Judicial", fora instituído no Brasil, com o advento das Emendas à Constituição Federal de n.º 45/2004 e 61/2009, o Conselho Nacional de Justiça, inscrito no art.103-B, ao final do capítulo concernente ao Poder Judiciário.[63]

Ao órgão, composto por membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e por cidadãos indicados pelas duas casas do Congresso Nacional, incumbiria a relevante tarefa de exercer o "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes", cabendo-lhe uma série de

---

[63] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.994.

atribuições, inclusive a de "receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário", nos termos da redação do §4º, inciso III.[64]

Elucidou o Supremo Tribunal Federal a sua natureza de órgão federal de controle interno do Judiciário, não se tratando assim de controle externo ou político, submetidos seus atos ao controle daquela Corte, por meio de competência jurisdicional, nos termos do art.102, inciso I, alínea "r" da Constituição Federal.[65]

Restaria assim suprida por meio da criação deste órgão administrativo - conduzido pelo Poder Judiciário - a necessidade sociopolítica da existência de um órgão nacional de controle, que resguardando a autonomia do Poder, fortalecesse a sua unicidade e contribuísse para sua supervisão administrativa e disciplinar.[66]

Em alguns julgados teve o STF a oportunidade de balizar a atuação do CNJ, compreendendo que sua presidência sempre será exercida, de forma exclusiva e indelegável, pelo presidente do STF, e na sua ausência pelo vice-presidente do STF[67]. Aclarou-se igualmente a competência originária e administrativa do CNJ, quanto ao objeto de sua atuação, nos limites constitucionais, e excluídos de sua competência o próprio STF e seus ministros[68].

---

[64] BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2013.

[65] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade N.º3367.** Rel. Min. Cesar Peluzo. Brasília, DF, 17 de março de 2006. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/Paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 12/05/2014.

[66] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, cit. p. 999.

[67]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.003.** Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199690>. Acesso em: 12/05/2014.

[68] **Esclarecedor o voto do Min. Luiz Fux no MS 28.003:** "A competência do CNJ não se revela subsidiária. Ressalva do redator do acórdão no sentido de que o STF, por força do princípio da unidade da Constituição e como guardião da Carta Federal, não pode desconsiderar a autoridade do CNJ e a autonomia dos tribunais, por isso que a conciliação possível, tendo em vista a atividade correcional de ambas as instituições, resulta na competência originária do órgão, que pode ser exercida de acordo com os seguintes termos e parâmetros apresentados de forma exemplificativa: a) comprovação da inércia do tribunal local quanto ao exercício de sua competência disciplinar. Nesse contexto, o CNJ pode fixar prazo não inferior ao legalmente previsto de 140 dias [60 dias (art. 152 da Lei 8.112) + 60 dias (art. 152 da Lei 8.112, que admite prorrogação de prazo para a conclusão do PAD) + 20 dias (prazo para o administrador competente decidir o PAD, ex vi do art. 167 da Lei 8.112)] para que as corregedorias locais apurem fatos que cheguem ao conhecimento do órgão, avocando os feitos em caso de descumprimento imotivado do

Julgada sua incompetência para impor a tribunais a abstenção quanto ao cumprimento de dispositivos de lei alegadamente inconstitucionais[69], negou-se ainda validade à decisão daquele órgão que intente obstar ou reexaminar decisão jurisdicional, por ausência de legitimidade jurídico-constitucional.[70]

Reiterou-se a incompetência do CNJ para o exercício de controle de constitucionalidade dos atos administrativos - estando limitado seu exame à legalidade[71] - esclarecendo-se ainda a sua competência para a uniformização das regras referentes aos procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos juízes.[72]

Por fim, deliberou o STF que apesar da do disposto no art.103-B, §6º da CF, quanto à atuação do Procurador Geral da República e do Presidente do

---

lapso temporal; sem prejuízo da apuração de responsabilidade do órgão correcional local; b) demora irrazoável na condução, pelo tribunal local, de processo administrativo com risco de prescrição; c) falta de quórum para deliberação, por suspeição, impedimentos ou vagas de magistrados do tribunal; d) simulação quanto ao exercício da competência correicional pelo Poder Judiciário local; e) prova da incapacidade de atuação dos órgãos locais por falta de condições de independência, hipóteses nas quais é lícita a inauguração de procedimento pelo referido Conselho ou a avocação do processo; f) a iminência de prescrição de punições aplicáveis pelas corregedorias no âmbito de suas atribuições autoriza o CNJ a iniciar ou avocar processos; g) qualquer situação genérica avaliada motivadamente pelo CNJ que indique a impossibilidade de apuração dos fatos pelas corregedorias autoriza a imediata avocação dos processos pelo CNJ; h) arquivado qualquer procedimento, disciplinar ou não, da competência das corregedorias, é lícito ao CNJ desarquivá-los e prosseguir na apuração dos fatos; i) havendo conflito de interesses nos tribunais que alcancem dimensão que torne o órgão colegiado local impossibilitado de decidir, conforme avaliação motivada do próprio CNJ, poderá o mesmo avocar ou processar originariamente o feito; j) os procedimentos disciplinares iniciados nas corregedorias e nos tribunais locais deverão ser comunicados ao CNJ dentro do prazo razoável de trinta dias para acompanhamento e avaliação acerca da avocação prevista nas alíneas antecedentes; k) as regras acima não se aplicam aos processos já iniciados, aos em curso e aos extintos no CNJ na data deste julgamento; l) as decisões judiciais pretéritas não são alcançadas pelos parâmetros acima. O instituto da translatio judicii, que realça com clareza solar o princípio da instrumentalidade do processo, viabiliza o aproveitamento dos atos processuais praticados no âmbito do CNJ pelo órgão correicional local competente para decidir a matéria. Denegação da segurança, mantendo-se a decisão do CNJ com o aproveitamento de todas as provas já produzidas." BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.003.** Op. Cit.

[69]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º32.582.** Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[70]Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.611-MC-AgR.** Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 14 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º29.744-AgR.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[71]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.141.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[72]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º4.638-REF-MC.** Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil junto ao CNJ, que suas ausências às sessões não implicarão em nulidade das mesmas.[73]

O controle jurisdicional dos atos do Conselho Nacional de Justiça: a inafastabilidade da prestação jurisdicional e a divisão de tarefas por meio da competência.

Diante da ampla competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça para a edição de atos administrativos de diversas naturezas, estão estes atos suscetíveis, especialmente por exigência do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, nos termos do art.5º, inciso XXXV da Carta Magna, de impugnação por meio de ação judicial:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.[74]

Importante destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes já reiterou a invalidade de ato ou comando do CNJ que pretenda suspender os efeitos de decisão judicial, mormente em razão de sua natureza de órgão administrativo. Dito de outra forma, reconheceu o STF a *prevalência da jurisdição* sobre qualquer ato daquele órgão, que apesar de compor a estrutura do Poder, não exerce jurisdição:

> O CNJ, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio STF e seus ministros (ADI 3.367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente,

---

[73] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º25.879.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 312 de maio de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[74] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.

> quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do corregedor nacional de justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e tribunais em geral, razão pela qual se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do corregedor nacional de justiça que, agindo ultra vires, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança. [75]

Será permitido assim, ao sujeito lesado ou sob ameaça de lesão a direito, exercer o direito constitucional de ação, por meio do qual obterá acesso à jurisdição. Esta por sua vez não prescinde da definição prévia da competência, ou seja, do órgão jurisdicional – juiz singular ou tribunal - que terá a competência para julgar a demanda. Na clássica lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

> Jurisdição é poder, função e atividade: "(...) é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo (...) a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade.[76]

Sendo una e indivisível a jurisdição de um país - enquanto expressão de um poder do Estado - poderá ser exercida por todos os órgãos jurisdicionais que componham o Poder Judiciário. Diante disto, e da exigência prática da necessária divisão de tarefas - por ser materialmente impossível o exercício simultâneo da jurisdição em todas as suas esferas por qualquer órgão - se estabelece a noção de competência, sendo esta a determinação constitucional e

---

[75] Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 28.611-MC-AgR,** Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 1º-4-2011**. No mesmo sentido:** BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 29.744-AgR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-6-2011, Plenário, DJE de 4-10-2011; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 27.148-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2011, Plenário, DJE de 25-5-2011; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 28.598-MC-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 9-2-2011; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 28.174-AgR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 18-11-2010; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 27.708**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 21-5-2010.

[76] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129-130.

legal dos limites do exercício da jurisdição, incumbindo a cada juiz singular ou tribunal exercê-la dentro de certos parâmetros.[77]

Constata-se em seguida, definidas estas premissas, que é a própria Constituição de 1988 que estabelece ser de competência do Supremo Tribunal Federal as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público, sendo esta a redação do art.101, inciso I, alínea "r".[78]

Resta, porém, definir qual seria a extensão desta competência, e qual a melhor compreensão do texto constitucional ao mencionar este as ações ajuizadas contra o CNJ, ente este financiado com recursos da União, mas que não detém personalidade jurídica própria.

Parece ser esta a lição clássica da doutrina, representada, por exemplo, por Hely Lopes Meireles, para quem "os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria"[79], Diógenes Gasparini: "os órgãos públicos não são pessoas, mas centros de competências criados pelo Direito Público. Ademais, são parte ou componentes da estrutura do Estado e por isso dele não se distinguem"[80]. Ou ainda, por Maria Zanella Di Pietro, que defende que o órgão pode ser definido como "uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado"[81]

Sendo assim, inicialmente, com sustento nestas autorizadas opiniões, eventual ação proposta contra ato do Conselho Nacional de Justiça deveria ser ajuizada diretamente contra a União, exceto quando possível a impugnação de ato da autoridade coatora, nos moldes das ações constitucionais de mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, em virtude, enfatiza-se, da ausência de personalidade jurídica do órgão.

---

[77] PIZZOL, Patricia Miranda. **A competência no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.119.

[78] BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

[79] MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

[80] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47

[81] DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 494.

Da mesma forma, o juízo competente para o processamento e julgamento destas demandas aparentemente seria o Supremo Tribunal Federal, conforme o dispositivo constitucional mencionado, porém, a interpretação do que efetivamente seria o significado da norma constitucional, ao definir o seu texto que as ações ajuizadas **contra o CNJ** seriam de competência do STF tem gerado significativas divergências, declinando com frequência este último a sua competência, e remetendo os autos à Justiça Federal de primeira instância.

O problema da competência das ações propostas contra ato do Conselho Nacional de Justiça: em busca da interpretação constitucionalmente mais adequada.

A partir da redação do art.101, inciso I, alínea "r", da Constituição de 1988, seriam possíveis três interpretações do texto constitucional. [82]

A primeira, mais restritiva, compreenderia que seriam de competência do Supremo Tribunal Federal apenas aquelas ações onde fosse possível ao Conselho Nacional de Justiça enquanto órgão, e não à pessoa jurídica à qual se encontra vinculado, figurar no pólo passivo da demanda. Estaríamos falando assim daquelas ações constitucionais de mandado de segurança, habeas corpus, habeas data e mandado de injunção, excluindo-se a ação popular, a ação civil pública ou qualquer ação de procedimento ordinário ou sumário originária.

A segunda, mais ampla que a primeira, compreenderia ser de competência do Supremo Tribunal Federal quaisquer ações que objetivassem a impugnação de atos praticados pelo Conselho Nacional de Justiça, não reconhecendo a legitimidade deste órgão para figurar no pólo passivo das demandas, mas reconhecendo a competência do STF para aquelas demandas onde visando a impugnação de ato do CNJ fosse indicada a União como parte legitima *ad causam*.

---

[82]"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:[...] r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;" BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

A terceira compreensão possível, a mais ampla de todas, reconheceria ao STF a competência para o julgamento de todas as demandas que objetivassem a impugnação de atos praticados pelo CNJ, inclusive reconhecendo a legitimidade passiva do CNJ, ou seja, desconstruindo por força da norma constitucional, a ilegitimidade passiva deste, sob o argumento, inclusive, de que em dados momentos seria possível conceber – pelas outras interpretações mais restritivas - ações onde a própria União tivesse interesse de desconstituir ato praticado pelo CNJ, quando teríamos a absurda situação da União figurar nos pólos ativo e passivo da demanda.

A concepção mais restritiva tem sido a compreensão do STF, que adotando precedentes defensivos anteriores, já vinha compreendendo a existência de regime de direito estrito, ao qual se submeteria a definição da competência institucional do Supremo Tribunal Federal, por efeito de suposta taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional - tais como ações populares, mesmo que instauradas contra o Presidente da República, ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou, ainda, contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, alíneas “b” e “c”), dispõem de prerrogativa de foro perante aquela Corte ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à sua jurisdição imediata.

Como salientou a Min. Rosa Weber, em recente julgado[83]:

> Essa orientação jurisprudencial, por sua vez, tem o beneplácito de autorizados doutrinadores (ALEXANDRE DE MORAES, ‘Direito Constitucional’, p. 180, item n. 7.8, 6ª ed., 1999, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, ‘Ação Popular’, p. 129/130, 1994, RT; HELY LOPES MEIRELLES, ‘Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'’, p. 122, 19ª ed., atualizada por Arnoldo Wald, 1998, Malheiros; HUGO NIGRO MAZZILLI, ‘O Inquérito Civil’, p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, “Probidade Administrativa”, p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros, v.g.), cujo magistério também assinala não se incluir, na esfera de

---

[83]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Originária N.º1718-DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

> competência originária do Supremo Tribunal Federal, o poder de processar e julgar causas de natureza civil não referidas no texto da Constituição, ainda que promovidas contra agentes públicos a quem se outorgou, "ratione muneris", prerrogativa de foro em sede de persecução penal, ou ajuizadas contra órgãos estatais ou autoridades públicas que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitos à jurisdição imediata do Supremo Tribunal Federal.
>
> A 'ratio' subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57).

Esta interpretação parece ter o mérito de tentar preservar a missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, pondo em destaque a impossibilidade da expansão destas competências, por exigência prática, de assoberbamento daquela Corte, concentrando ali as demandas diretamente relacionadas à jurisdição constitucional e ao seu papel de intérprete da Constituição Federal.

As demandas que excepcionalmente merecessem acesso imediato à jurisdição do STF estariam assim definidas em rol taxativo pela própria Carta, em número restrito, atentando-se para o fato, acima mencionado, que o CNJ enquanto órgão, não deteria legitimidade para figurar no pólo passivo (sendo representado pela União) exceto naqueles procedimentos específicos onde isto seja constitucionalmente admitido, como nos *writs*:

> Ações contra os Conselhos de Justiça e do Ministério Público. Matéria inserida pela Emenda Constitucional 45/2004 com o acréscimo da alínea 'r' ao inciso I do artigo em comentário, pela qual se dá competência originária ao STF para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Essa competência assim estendida às ações em geral (civis, comerciais, administrativas) cria algumas dificuldades, porque esses Conselhos não têm personalidade jurídica para serem sujeitos de direito e obrigações, para serem partes de relação jurídica processual. Quem responde por órgãos federais, como é o caso, perante a jurisdição, é a União; portanto, as ações, em tais casos, são contra ela, e não contra os órgãos, e a competência para o processo é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I. O que esses Conselhos têm é personalidade judiciária, porque

> seus atos podem dar ensejo ao mandado de segurança, 'habeas corpus' e, possivelmente, 'habeas data'. O certo, pois, teria sido incluí-los no contexto da alínea 'd' do inciso I do artigo'.[84]

A segunda corrente tem sido adotada a partir de leitura do texto constitucional, de modo a compreender que onde está escrito **ações contra o Conselho Nacional de Justiça** a norma a se extrair seria a de qualquer ação que objetivasse a impugnação de ato do CNJ seria de competência do STF, conforme se verifica da decisão do Juiz Federal Substituto da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Paulo Ricardo de Sousa Cruz[85]:

> Em breve síntese, alega que o CNJ inovou ilegalmente a ordem jurídica ao determinar a glosa de encargos trabalhistas de valores a serem pagos aos contratados, contrariando os artigos 56 e 71 da Lei nº 8.666/93 e o artigo 5º, II, da Constituição.
>
> Inicial às fls. 03/30, com documentos.
>
> Decido.
>
> A teor da alínea "r" do inciso I do artigo 102, é da competência originária do Supremo Tribunal o julgamento das ações contra o Conselho Nacional de Justiça.
>
> Como **a presente ação pretende afastar norma do CNJ** que determina que, ao efetuarem o pagamento às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, os tribunais e os conselhos do Poder Judiciário glosem as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a ação enquadra-se no referido dispositivo constitucional.
>
> Assim sendo, DECLINO DA COMPETÊNCIA para o processamento e julgamento da ação em favor do egrégio Supremo Tribunal Federal. (**grifos nossos**)

Acredita-se, no entanto, que esta compreensão do texto constitucional ignora o papel e a missão do Supremo Tribunal Federal, de guarda precípua da constituição (art.101, caput), ao atribuir à Corte uma missão demasiadamente extensa, que de forma mais eficiente e célere (em atenção a imperativos

---

[84] DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564.

[85]CRUZ, Paulo Ricardo do Sousa apud BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Originária N.º1718-DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

constitucionais respectivos: art.5º, inciso LXXVII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação; art.37, caput - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: [...], ambos da Carta Magna) poderia ser atribuída a outras instâncias do Poder Judiciário.

Não bastasse a limitada dimensão da Excelsa Corte, composta por 11 ministros somente, para um contingente de milhões de processos provenientes de todos os rincões deste país de extensão continental, querer atribuir a ela a ingrata missão de processar e julgar qualquer ação que objetive a discussão de matéria decidida pelo CNJ (o qual por sua vez é dotado de ampla competência), seria ignorar a sua função na estrutura constitucional, e retirar dos juízos de primeira instância (estes sim aptos a promover audiências, deliberar sobre provas etc..) e das Cortes Federais (TRFs e mesmo o STJ dentro dos limites por sua vez de acesso a esta jurisdição especial) os seus papeis, subvertendo de forma incoerente a lógica processual e recursal sem qualquer justificativa constitucionalmente aceitável.

O STF já ocupa hoje funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas entre ao menos três diferentes tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados para o julgamento de ações específicas contra membros dos poderes da república e como corte recursal de última instância.[86] Observe-se que no Brasil é admissível inclusive Recurso Extraordinário de decisão de Turmas Recursais que julgam em segunda instância processos de pequena complexidade de Juizados

---

[86] DIÁLOGO JUDICIAL BRASIL-ESTADOS UNIDOS – 2011 (2011 – US-BRAZIL JUDICIAL DIALOGUE), 1., 2011, Washington. **Constituição, Direitos Fundamentais e Democracia: o papel das supremas cortes.** Brasília: Portal Stf, 2011. 3 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

Especiais de todo o país, exemplo este, que demonstra a largueza e a amplitude exacerbada das competências desta Corte.[87]

A última posição, a mais ampla de todas, tem como defensor Lenio Luiz Streck, para quem a compreensão do STF, restringindo a sua própria competência, quando o texto constitucional afirma que as decisões contra o CNJ serão de sua competência, estariam em dissonância com a norma constitucional, por fundamentos que podem ser sintetizados em três argumentos principais.

Afirma o autor que a interpretação limitativa extrapolaria os limites semânticos do texto constitucional e se oporia à redação das alíneas “d”, “i” e “q”, do mesmo art.102 da Constituição Federal:

> Mas, como isso é possível, hermeneuticamente falando? Eis a questão. A começar: o que fazer com as alíneas "d", "i" e "q" do mesmo artigo, que tem redação explícita sobre quais ações cabem? Ou seja, se o constituinte quisesse restringir as ações contra o CNJ, o teria feito como nas demais alíneas. Trata-se, aqui, daquilo sobre o qual venho escrevendo de há muito: os limites semânticos da Constituição não estão sendo respeitados[...][88]

O segundo argumento do autor afirma que seria incorreto se considerar que em razão de não deter o CNJ personalidade jurídica própria não possa figurar no pólo passivo das demais demandas, como seria compreensível do sentido do texto constitucional. Afirma ser incoerente admitir que em ação onde

---

87 “RECLAMAÇÃO – JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO – AGRAVO DE INSTRUMENTO OBSTADO NA ORIGEM – INTERCEPTAÇÃO INADMISSÍVEL (CPC, ART. 528) – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF – Cabe recurso extraordinário das decisões que, emanadas do órgão colegiado a que se refere a Lei nº 7.244/84 (art. 41, § 1º), resolvem controvérsia constitucional suscitada em processo instaurado perante o Juizado Especial de Pequenas Causas. – Denegado o recurso extraordinário em procedimento sujeito ao Juizado Especial de Pequenas Causas, caber agravo de instrumento, no prazo legal, para o STF, não sendo lícito ao Juiz negar trânsito a esse recurso que, sendo de seguimento obrigatório (CPC, art. 528), não pode ter o seu processamento obstado. – Cabe reclamação para o STF quando a autoridade judiciária intercepta o acesso à Suprema Corte de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou trânsito a recurso extraordinário.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RCL 459-7 - Goiás**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 08.04.1994.

88 STRECK, Lenio Luiz. **Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF?** 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

a União impugnasse ato do CNJ fosse esta obrigada a ajuizar absurdamente ação contra ela própria:

> Para tais casos, entendeu a Suprema Corte que o CNJ, "por ser órgão não personificado, define-se como simples 'parte formal', revestido de mera 'personalidade judiciária', achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte, circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais".
>
> Ou seja, tratando-se de ações originárias que tem como sujeito passivo o CNJ (como no caso da Ação Ordinária sob comento, mas existem outras ações), entende o Supremo que não se configura a sua competência originária. Para ele, nas hipóteses não compreendidas no artigo 102, inciso I, alíneas 'd' e 'q', da Constituição, a legitimação passiva 'ad causam' referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do Conselho Nacional de Justiça serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ.
>
> Refira-se que esse entendimento que não reconhece a competência originária do STF para processar e julgar ações ajuizadas contra o CNJ — exceto os casos do artigo 102, alíneas 'd' e 'q' — e, portanto, torna competente para processar e julgar as demais causas a justiça federal comum, tem sido reafirmado em outros julgamentos do próprio Supremo.
>
> Pergunto: Seria a União contra a União? Por certo, há sobejadas razões de ordem pragmática que conduzam a esse entendimento do STF. Mas não é disso que se trata. Na verdade, como demonstrarei a seguir, está em jogo algo maior, que a força normativa da Constituição.[89]

Por fim, argumenta o autor que seria inadequada a interpretação, em razão do paradoxo de permitir que juízes de primeiro grau julguem decisões de um órgão que ocuparia posição superior na estrutura hierárquica. O fiscalizador estaria sendo julgado pelo fiscalizado:

> Mas, ainda não estou satisfeito. Veja-se o surrealismo que isso acima relatado gera: ao invés de entrar com Mandado de Segurança contra o CNJ, o interessado entra com Ação Ordinária, que estaria na competência da Justiça Federal de primeiro grau, segundo esse entendimento do STF. Daí o paradoxo (e paradoxos são coisas das quais não se pode sair): o CNJ que é órgão de cúpula, julga até ministros do STJ e, a vingar a tese do STF, tem seus atos sujeitos à fiscalização de juiz

[89] Ibis. Idem.

> de primeiro grau! E aí vem a consequência: o fiscalizador é julgado pelo fiscalizado.
>
> Imaginemos a decisão do Corregedor Geral de Justiça — que é Ministro do STJ — que foi referendada pelo Plenário do CNJ e que determina o afastamento de um presidente de Tribunal de Justiça por improbidade ou ainda o caso de um Tribunal da Federação — no caso, o do Paraná — em que o CNJ proibiu o referido TJ de repassar o dinheiro dos fundos depositados para o Governo do Estado. A jurisdição é do primeiro grau?[90]

Prosseguindo-se com a análise da terceira opinião, constatamos inicialmente o que nos parece ser a irrazoabilidade do primeiro argumento, uma vez que uma eventual interpretação limitativa da alínea "r" não nos parece que estaria em dissonância com as normas extraídas da interpretação das alíneas "d", "i" e "q", do mesmo art.102 da Constituição Federal.[91]

A razão é simples, as competências do STF regidas por estas alíneas simplesmente restam imodificadas, e se verifica que inexiste qualquer menção ao CNJ. O *habeas corpus* quando paciente qualquer das pessoas referidas na alínea anterior ("c") permanecerá de competência do STF; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos daqueles sujeitos ali indicados permanecerá de competência do STF, logo, não há divergências como faz crer o autor. Por sua vez, o *habeas corpus* nas hipóteses da alínea "i" permanece com sua competência imodificada, e de igual forma o mandado de injunção nas hipóteses da alínea "q" do mesmo artigo.

O segundo argumento do autor é mais sério, salienta este que seria absurdo que a União, em situações onde houvesse interesse desta em buscar o controle jurisdicional sobre ato praticado pelo CNJ, ajuizasse ação contra ela própria, uma vez que na compreensão do STF o CNJ seria parte nitidamente ilegítima para figurar no pólo passivo. Indaga-se assim, poderia a União figurar nos pólos ativo e passivo de uma demanda onde buscasse reverter em juízo decisão do CNJ?

---

[90] Ibis. Idem.

[91] PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

A questão não é nova, são diversas as circunstâncias onde possivelmente órgãos específicos teriam em dada circunstância interesses divergentes das pessoas jurídicas que as mantém (como Câmaras Municipais e Prefeituras, ou Tribunal Estadual e o Poder Executivo Estadual). A saída encontrada pela doutrina tem sido permitir que esses órgãos, nesses momentos de conflito, onde o interesse não seja meramente patrimonial, ingressem em juízo – sob pena de ofensa ao direito fundamental de ação e inafastabilidade do Poder Judiciário – acobertadas pelo manto de uma espécie de personalidade jurídica provisória ou judiciária, a qual autorizaria, por ficção jurídica, o manejo da ação judicial adequada:

> Por tudo isso, seria de perguntar-se: qual a solução a ser adotada no caso desses conflitos?
>
> Uma solução deve ser de logo afastada: a de admitir que a pessoa jurídica a que pertença o órgão figure no pólo da relação processual. E a razão é simples, a se admitir tal solução, a mesma pessoa figuraria como autora e como ré no processo. É o caso em que a Câmara Municipal tem litígio com o Poder Executivo. Como ambos os órgãos pertencem ao mesmo Município, a ação seria movida por ele contra ele próprio. Logicamente isso beira ao absurdo.
>
> Para não deixar os órgãos desprovidos de mecanismos de defesa contra ofensa de seus direitos ou invasão de sua competência, doutrina e jurisprudência têm assentado a solução de admitir que o órgão seja considerado como parte no processo, defendendo direito próprio contra o órgão que entende ser responsável pela ofensa. Em outras palavras: cada órgão, embora desprovido de personalidade jurídica própria estaria dotado de personalidade jurídica judiciária, sendo, portanto, capaz de, por si mesmo, postular e defender-se em juízo.[92]

A solução comumente utilizada nos parece ter o mérito de viabilizar o acesso à justiça, concedendo a estes órgãos, como o próprio CNJ, personalidade especial, judiciária, para ser demandado ou demandar em juízo quando da existência de conflito com a pessoa jurídica de direito público à qual está vinculado. Resolve ainda o problema apontado por Lenio Luiz Streck, sem, todavia, resolver algumas questões de ordem prática e que podem comprometer a qualidade desta representação.

---

[92] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Bahia, v. 1, n. 11, p.1-10, set. 2007. Trimestral. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/ >. Acesso em: 13 maio 2014.

Nessas circunstâncias, por exemplo, de conflito ente o CNJ e a União, aquele dependeria de assessoria jurídica específica, que obviamente não poderia ser a própria Advocacia Geral da União, sob pena de possível comprometimento de parcialidade do procurador, em virtude de sua vinculação com os quadros da União, ainda que por algum ato administrativo fosse a ele assegurada a autonomia para atuar em referida demanda em defesa do CNJ.

Acredita-se que nessas circunstâncias deva haver contratação de assessoria jurídica específica para a defesa do órgão – estando ele em situação ativa ou passiva – ou devem estes órgãos atribuir a defesa de tais demandas a assessorias jurídicas permanentes, contratadas, obviamente, por meio de concurso público, o que geralmente é o caso das Câmaras Municipais e Assembléias Legislativas.

Em seu último argumento, quanto ao possível paradoxo de ser o CNJ órgão de cúpula do Poder Judiciária Brasileiro, e ao mesmo tempo poder ter seus atos revistos por decisão de primeira instância, aduz o autor que o controlador estaria sendo julgado pelo controlado nesses momentos.

Entende-se diferentemente, e o motivo é a independência entre as esferas administrativa e jurisdicional, de forma que seria perfeitamente legítimo à primeira instância da Justiça Federal (visto o interesse da União, por ser o CNJ a ela vinculado diretamente) processar e julgar ação que objetivasse a discussão da legalidade da decisão, sem qualquer subversão à lógica processual, admitindo-se, portanto, o duplo grau de jurisdição a ambas as partes, bem como um possível acesso às vias extraordinárias – inclusive ao STF - e por fim, nos limites do re-exame do ato administrativo, como salienta a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ILEGALIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

> CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> I - Apenas se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo aplicável o princípio do pas de nullité sans grief.
>
> II - A comissão processante pode indeferir motivadamente o pedido de produção de prova quando o conjunto probatório se mostrar suficiente para a comprovação dos fatos, sem que isso implique cerceamento de defesa.
>
> III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade.
>
> Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese.
>
> **IV - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.**
>
> V - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. **(grifos nossos)**
>
> VI - Segurança denegada.[93]

Há um último argumento que precisa ser debatido antes de se caminhar para a conclusão final: argumenta-se que em determinadas lides possivelmente o juiz de primeira instância estivesse submetido a pressão de tal ordem que isto comprometeria a sua independência como julgador. É o caso citado pelo autor, onde decisão do CNJ interferisse, por exemplo, em decisão institucional do tribunal ao qual o magistrado está vinculado. Suponhamos, v.g., que o CNJ retire os efeitos de decisão administrativa do TRF (a transferência de fundos ou qualquer outra decisão de grave relevância nos interesses do tribunal) ao qual o

[93] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 15.064/DF**, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJE 17/11/2011.

juiz federal de primeira instância esteja vinculado, decisão esta – do CNJ – que provavelmente comprometeria inclusive o próprio TRF como instância julgadora, indaga-se, como proceder?

A resposta não é difícil, uma vez que prevista na Constituição Federal, art.101, inciso I, alínea "n", ou seja, serão de competência do STF aquelas demandas onde haja interesse dos membros da magistratura, direta ou indiretamente, e naquelas onde mais da metade do tribunal de origem esteja impedido ou seja direta ou indiretamente interessado.[94]

A norma constitucional ao mesmo tempo que intenciona garantir o acesso à ordem jurídica justa, livre de pressões e interferências de qualquer ordem na parcialidade do julgador, qualquer que seja ele, fortalece a garantia da independência da magistratura, sendo suscitável por qualquer das partes ou mesmo pelo magistrado a quem incumba o julgamento da demanda, sanando-se assim, com olhos voltados para a Carta Magna, o problema apontado.

Por todos os fundamentos delineados, nos parece ser compreensível, e constitucionalmente adequada a interpretação da Constituição Federal dada pelo Supremo Tribunal Federal, não merecendo os reparos sugeridos pela doutrina debatida, desde que se atente para as ponderações suscitadas e respondidas.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada é possível alcançar algumas sucintas conclusões.

Destacou-se primeiramente que o Conselho Nacional de Justiça, apesar de exercer a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, exerce

---

[94] "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. I - processar e julgar, originariamente: n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;" PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

este mister como órgão administrativo e não jurisdicional, nos moldes de sua definição constitucional, observados os diversos parâmetros fixados pelas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites e à extensão de sua atuação.

Observou-se que como instância administrativa, o CNJ está sujeito à jurisdição nacional, o que torna imprescindível a determinação da competência do órgão julgador, seja ele juízo monocrático ou colegiado, observado o art.102, da Constituição Federal, principalmente ao definir este que serão de competência do STF as ações ajuizadas contra o CNJ.

Por fim, cotejando-se as diversas interpretações possíveis do texto constitucional, se concluiu merecer apoio, por sua maior coerência, a posição atual do STF, ao determinar que para as ações constitucionais de *habeas data*, *habeas corpus*, *mandado de injunção* e *mandado de segurança*, portanto, para as ações constitucionais que admitam no pólo passivo a própria autoridade coatora, ainda que não seja este ente com personalidade jurídica própria, haveria a competência do próprio STF, enquanto nas demais ações a competência seria da Justiça Federal de primeira instância, diante do fato de ser o CNJ mantido pela União, e não deter personalidade jurídica própria.

REFERÊNCIAS

BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 abril 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 28.611-MC-AgR,** Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 1º-4-2011**.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 29.744-AgR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-6-2011, Plenário, DJE de 4-10-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 27.148-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2011, Plenário, DJE de 25-5-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 28.598-MC-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 9-2-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 28.174-AgR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 18-11-2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 27.708**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 21-5-2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade N.º3367.** Rel. Min. Cesar Peluzo. Brasília, DF, 17 de março de 2006. Disponível em:< http://redir.stf.jus.br/Paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&d

ocID=363371>. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.003.** Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2012. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199690.

Acesso em 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º32.582.** Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.611-MC-AgR.** Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 14 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º29.744-AgR.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º28.141.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º4.638-REF-MC.** Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Originária N.º1718-DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança N.º25.879.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 312 de maio de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL **459-7 - Goiás**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 08.04.1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 15.064/DF**, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJE 17/11/2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Bahia, v. 1, n. 11, p.1-10, set. 2007. Trimestral. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/ >. Acesso em: 13 maio 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129-130.

CRUZ, Paulo Ricardo do Sousa apud BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Originária N.º1718-DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564.

DIÁLOGO JUDICIAL BRASIL-ESTADOS UNIDOS – 2011 (2011 – US-BRAZIL JUDICIAL DIALOGUE), 1., 2011, Washington. **Constituição, Direitos Fundamentais e Democracia: o papel das supremas cortes.** Brasília: Portal Stf, 2011. 3 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_

CP.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 494.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.994.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 10 a 50 da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.

PIZZOL, Patricia Miranda. **A competência no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.119.

STRECK, Lenio Luiz. **Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF?** 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA CONSTRUÇÃO PELA SUPERAÇÃO DA CRISE DE EFICIÊNCIA E CONFIANÇA DO JUDICIÁRIO

Ney de Barros Bello Filho[95]

Rayana Pereira Sotão Arraes[96]

Resumo: O texto constitucional de 1988 trouxe expressamente um impulso criativo ao juiz no exercício da atividade jurisdicional, o que, somado à tradição romano-germânica do sistema jurídico brasileiro à ausência de parâmetros dogmáticos que orientassem tal atividade e à politização do Judiciário, culminou com a crise de eficiência que esta instituição atravessa, dentre outras razões, pela imprevisibilidade dos pronunciamentos judiciais. A Suprema Corte Americana, por sua vez, mostra-se como uma experiência interpretativa valiosa à mobilização do poder público em prol do resgate da confiabilidade do sistema judicial, na medida em que, através do uso dos precedentes aponta elementos capazes de trazer previsibilidade aos pronunciamentos judiciais sem o temeroso engessamento do Direito.

Palavras-chave: Interpretação; C*ommon law*; *Civil law*; Precedentes; Previsibilidade

Abstract: The Constitution of 1988 brought, expressly, explicitly a creative impulse to the judge in the exercise of judicial activity which added to the Roman-Germanic tradition of the Brazilian legal system, absence of dogmatic parameters which will assist in such activity and the politicization of the judiciary, culminating in the crisis of efficiency that this institution through, among other reasons, by the unpredictability of judicial pronouncements. The American Supreme Court, in turn, shows up as a valuable interpretive experience the mobilization of public power for the sake of rescuing the reliability of the Brazilian judicial system, in that, through the use of judicial

[95] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Professor dos PPGDIR da UFMA e do IDP. http://lattes.cnpq.br/9181447007798771

[96] Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. http://lattes.cnpq.br/0119466496873967

precedents, says elements capable of bringing predictability to judicial pronouncements without the frightened inflexibility of law.

Keywords: Interpretation; common law; civil law; precedents; predictability

INTRODUÇÃO

A segurança é objeto de busca contínua pelas sociedades contemporâneas e, dentre tantos traços impressos em consequência da perseguição deste objetivo, a positivação da legislação, especialmente a Constituição escrita, diante do conforto que um texto com direitos e obrigações claramente expressos à todos os cidadãos consegue despertar, constitui um dogma dos dias correntes.

Apesar dos fatos - escândalos com o poder público, instabilidade legislativa, inacessibilidade de fato à justiça, ausência de homogeneidade jurisprudencial, dentre outros - ainda se transfere à Constituição e à legislação de forma geral, expectativas românticas de uma ordem social distante da existente. Vive-se a existência da positivação de direitos e obrigações sem a força institucional para efetivá-los.

Infinitas são as causas para a ineficácia do Direito aos fins clamados pela sociedade contemporânea, dentre as quais é possível situar um Estado de direito que enfrenta uma crise em uma de suas maiores instituições: o Judiciário.

Não é recente a identificação da crise que o Judiciário brasileiro enfrenta e dentre os problemas apontados, tem-se o alto custo do acesso à justiça, a morosidade do sistema e a imprevisibilidade impressa pela falta de uniformidade jurisprudencial, negando segurança jurídica e projetando inúmeros reflexos na sociedade.

No Brasil, o Poder Judiciário, enquanto integrante do modelo de Estado tripartite, possui como função a composição de conflitos de interesses em cada caso concreto, através da chamada função jurisdicional e por esta função, casos concretos devem ser solucionados com fulcro em ordens gerais e abstratas, portanto isonômicas, previstas em texto escrito (leis) e em costumes da sociedade, haja vista serem estes fontes de direito. (SILVA, 2008, p.554)

Tendo em vista que o sistema que orienta o Judiciário brasileiro é de tradição romano-germânica – C*ivil Law* – mas que a cada dia mais se aproxima de características do *Common* Law – à exemplo da súmula vinculante, apontada como aproximação da teoria dos precedentes norte americanos - o presente artigo tem como objetivo estudar a partir de uma análise comparada e de como a atividade jurisprudencial vem sendo desenvolvida no Brasil, no bojo desta comunicação entre os sistemas, apontar alternativas para otimizar a atuação do Judiciário, especialmente em prol da almejada segurança jurídica através do resgate da previsibilidade nos pronunciamentos judiciais.

A ATIVIDADE INTERPRETATIVA E A IDENTIFICAÇÃO DE PADRÕES JURISPRUDENCIAIS COMO VEÍCULO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Não é recente o reconhecimento da importância da interpretação para a comunidade jurídica, deixando por inegável a fragilidade da Lei aos fins que se propõe o Direito e o próprio Judiciário, enquanto instituição do sistema de justiça.

Nas palavras de Margarida Lacombe Camargo (2003, p.19)., "podemos definir interpretação como a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem."

A atividade de interpretação das leis pelo Judiciário se dá através da argumentação inerente às decisões de casos concretos submetidos à apreciação do poder público, para solução de controvérsias à luz do isonômico texto legal.

Assim, ao longo da história, positivistas e jusnaturalistas, exegetas e históricos, dentre outros, dedicaram-se a como conhecer e aplicar a norma e o Direito como um todo, positivado ou não.

No bojo das discussões interpretativas, entre os defensores da aplicação objetiva e direta do texto da norma pelo intérprete, a busca pela vontade do legislador, a interpretação flexível à luz dos direitos naturais e princípios soberanos sobreviveu a equação relativa à renúncia de um Direito justo e

equânime em prol da segurança jurídica ou a relativização desta em prol da conformação do Direito.

A relevância desta discussão permanece nos debates jurídicos, afinal a atividade interpretativa do juiz e seus limites dentro do Estado Democrático de Direito, no atual cenário de constante politização do Judiciário, fica cada dia mais plural.

Como dispõe Eros Grau (2006, p.26)

> O fato é que interpretamos não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.

Desta forma, entende-se que a interpretação é para o Direito um veículo que o conduz à realidade, convertendo a generalidade e abstração das normas às peculiaridades do caso, tão necessárias de concretização trazendo o Direito para o universo do *ser*.

Um relevante recorte à discussão sobre a interpretação do Direito consiste nos limites desta atividade interpretativa pelos seus interpretes autorizados, haja vista que frequentemente, sob a justificativa de interpretar, os juízes têm criado novas regras desconsiderando a “moldura da norma” de que tratava Kelsen ao preconizar por uma objetividade racional na aplicação do Direito.

Importante é, contudo, esclarecer sobre o reconhecimento da inexistência de um sistema judicial que disponha de soluções prontas e acabadas aos casos concretos, dispensando a atividade interpretativa de construção da norma aplicável e adequada. Fala-se na necessidade de um sistema judicial com unidade capaz de possibilitar a extração de um parâmetro jurisprudencial – e hermenêutico – hábil a garantir a segurança jurídica almejada pela sociedade desde os tempos distantes.

Concordando com a voz de Camargo (2003, p.160), entende-se que "a Jurisprudência precisa ser concebida como uma discussão permanente de problemas postos historicamente (...)" e assim não se entende como necessário para a segurança jurídica, abrir mão da adequada atividade interpretativa e conformadora do Direito; ao contrário, para a própria manutenção da ordem jurídica de forma legítima e harmônica é indispensável a habilidade da atividade hermenêutica, vez que diante das transformações sociais, para manter um ordenamento jurídico funcional é necessária a existência de interpretações coerentes, adequadas e aceitáveis, sob pena dos diplomas legais caírem na vala da ineficácia por inadequação ao alcance de seus fins.

Desta forma, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro repousar sobre os ditames do C*ivil Law*, portanto com ênfase central na lei e apesar do reconhecimento da importância da atividade interpretativa pelo juiz, na aplicação do Direito, não é autorizado ao Poder Judiciário a atuação através do estabelecimento de "critérios particulares, privados ou próprios, para de acordo com eles, compor conflitos de interesse ou distribuírem justiça". (SILVA, 2008, p.554)

> A transposição dos marcos que asseguram a tipicidade da função jurisdicional se faz com evidente prejuízo à construção conceitual do Estado de Direito, requisito para a existência de um sistema político democrático, sem o qual, por seu turno, se faz impossível o pleno atendimento às exigências da dignidade humana. (Ramos, 2010, p. 22)

Fala-se em transposição de marcos porque, situando o Brasil na discussão acerca da relevância da atividade interpretativa do juiz, observa-se cada vez mais a dificuldade de construir padrões jurisprudenciais coerentes e previsíveis no Judiciário brasileiro e sem a atenção a tais parâmetros, também tem sido desconsiderado o basilar princípio do constitucionalismo, o da separação dos poderes.

Isto porque entende-se que o princípio da separação dos poderes cumpre o papel prático de identificar as funções a serem desempenhadas pelo Estado nos moldes previstos pela Constituição e do rateio de funções, direcionado

pelas finalidades do arranjo institucional e sobretudo em prol da limitação do poder estatal para vantagem das liberdades – individuais e coletivas – depende a sustentabilidade do modelo de Estado outorgado pela Constituição.

Neste sentido, fala-se ainda em legitimidade social dos Poderes do Estado vez que, especialmente no tocante ao Poder Judiciário e a autorizada atuação de seus intérpretes, mesmo nos sistemas judiciais em que o juiz possui farta liberdade para exercer a atividade jurisdicional, observa-se uma interpretação criativa que também se identifica com o perfil positivista, na medida em que não desconsidera a prática anterior e a história daquela jurisprudência – ou seja, os marcos de que já se tratou – na construção do novo direito.

Tratando de sistemas judiciais, anota-se que o C*ivil Law* e o *Common Law* surgiram em circunstâncias distintas, o que ocasiona possuírem características e institutos tão diferentes. O *Civil Law*, por emanar do cenário político da Revolução Francesa e de uma sociedade crédula de que a segurança é indispensável para a salvaguarda da liberdade e da igualdade, desenvolveu um sistema centrado no texto legal e na objetividade da lei auto-aplicável, sem o explicito reconhecimento da necessidade de interpretação pelo juiz; enquanto nos países de *Common Law*, a partir da atividade interpretativa desde o início, construiu-se um sistema em que o intérprete possui maior liberdade para criar, através da interpretação, a norma adequada ao caso concreto, o que hoje é feito através do uso de precedentes judiciais (MARINONI, 2009).

Esta construção se deveu ao fato de, no Antigo Regime, haver a prevalência de privilégios e absoluta falta de isenção dos juízes ao julgar. Assim, acreditava-se, ao tempo, que mantendo o juiz preso à lei, garantia-se a tão almejada segurança jurídica.

Tal compreensão é importante, sobretudo, para ilustrar que, em raciocínio diverso, uma vez que o outro sistema, *Common Law*, não pressupunha a absoluta vinculação do intérprete à lei e, de igual forma, buscava a garantia da segurança jurídica, o fazia em fonte diversa, tal seja o precedente judicial.

Assim, tanto no *Civil Law* quanto no *Common Law* há bastante codificação e atividade legislativa como um todo. O que diferencia os dois sistemas, não é a existência ou não de codificação, mas sim a importância dada ao Código pelo intérprete.

Inicialmente, o *Civil Law* ao focar-se na lei tinha na atividade jurisdicional a manifestação da vontade da lei. Nos dias atuais, entretanto, após o constitucionalismo e a necessidade de fiscalizar a conformidade da lei com a Constituição, o juiz não mais possui tal característica de atuar como a boca da lei, necessitando inevitavelmente, em prol da preservação da Constituição, conformar a legislação infraconstitucional com as prescrições constitucionais, o que se faz através da interpretação.

Elival Ramos (2010, p.129) aponta a expansão do controle abstrato de normas como um fator de impulsão do ativismo judicial – aqui entendido como "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas e controversias juridicas de natureza objetiva", na medida em que tal modalidade de controle de constitucionalidade, em muitos aspectos, se aproxima da atividade legislativa.

Verifica-se que o constitucionalismo social observado no período pós Primeira Guerra Mundial que influenciou a promulgação da Constituição Federal de 1988, alterou sobremaneira os paradigmas do *Civil* Law, aproximando o juiz do formato do intérprete do *Common* Law, vez que com o texto constitucional superior ao texto legal e o juiz como intérprete fiscalizador do sistema, este deixa de ser servo da lei e passa a ser "construtor" da norma (de decisão). (MARINONI, 2009)

Especificamente no Brasil, apesar dos avanços sociais trazidos pela Constituição de 1988, da existência de normas abstratas e do impulso interpretativo conferido ao magistrado na aplicação da norma, houve a projeção alguns efeitos questionáveis, como o agigantamento do Judiciário por ausência de parâmetros dogmáticos definidos que assegurassem a tipicidade da função desta instituição (RAMOS, 2010).

> A Constituição brasileira de 1988 levou ao extremo as potencialidades do constitucionalismo característico dos processos de redemocratização, incorporando ao máximo o paradigma normativo. Efetivamente, além de garantir os direitos individuais, típicos do liberalismo, consagrou uma ampla gama de direitos sociais e coletivos e definiu metas. Trata-se de texto excessivamente programático, com os direitos e deveres individuais e coletivos aparecendo antes mesmo da organização do Estado. (SADEK, 2004a).

A ineficiência do modelo de Estado provedor de garantias sociais (Estado de Bem Estar Social) frustrou algumas expectativas oriundas do texto constitucional, ocasionando a degeneração de certas funções e o prolongamento de outros poderes, tal qual tem sido observado com o Judiciário cada vez mais parcial e imprevisível.

Assim, verifica-se que o atual perfil institucional comunicado pelo Judiciário mais se aproxima de uma consequência da transição para a democracia no contexto em que o Estado e a sociedade põem-se a reestruturar suas relações diante dos impulsos e consequências capitalistas do que, efetivamente, da deliberada vontade desta instituição. O Judiciário, cada vez mais munido de discricionariedade no ato de julgar reflete na mesma proporção, a crise do *Welfare State*, a nova concepção de justiça atrelada ao constitucionalismo moderno, a realocação dos direitos sociais no sistema, etc. (SADEK, 1998, p. 1)

Portanto, o que se observa da atuação do Judiciário nos dias correntes não é simplesmente a interpretação das normas para a aplicação adequada ao caso concreto, mas sim uma atividade excessivamente criativa e nem sempre coerente que, fatalmente, vem prejudicando a segurança jurídica de todo o sistema.

Em verdade, após a Constituição de 1988, o juiz no Brasil afastou-se tanto da tradição romano-germânica do *Civil Law* que, nos dias de hoje, possui maior liberdade de interpretação que o juiz do *Common Law*, vez que ao contrário deste, aquele não se atem aos precedentes judiciais como forma de garantir coerência e previsibilidade à sua atividade interpretativa. (MARINONI, 2009, p.34)

Assim, não há como negar a existência de interpretações diversas à uma mesma norma jurídica e tal existência não implica obrigatoriamente, prejuízo à previsibilidade e segurança jurídicas. Isto porque entende-se que o que efetivamente garante segurança jurídica não é a existência da lei, mas sim a existência de um Judiciário cujos padrões jurisprudenciais são facilmente identificáveis, apesar das peculiaridades dos casos concretos.

> Em resumo: não há como ignorar, tanto no common law como no civil law, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Porém, o common law, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o civil law permanece presa à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o common law pôde facilmente enxergar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o stare decisis, ao passo que o civil law, por ainda estar encobrindo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outra dimensão, sente-se atordoada diante da desconfiança da população, além de envolta num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.(MARINONI, 2009, p.35)

Reconhecendo então a crise que atravessa o sistema democrático no Brasil, tendo em vista que diante da incredulidade nas instituições aumenta a importância do Judiciário, o qual cada vez mais assume um papel redentor das insatisfações sociais, verifica-se que a confiança na ordem jurídica, portanto, a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais e segurança jurídica de forma ampla consiste no alicerce do Estado Democrático de Direito. (THEODORO JUNIOR, 2010)

Neste sentido, segundo Pinheiro (2003), o Judiciário deve ostentar algumas características tais como baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e prazo para alcançar a devida efetividade. À guisa de exemplo, a imparcialidade buscada pelos economistas no Judiciário visa tão somente a obtenção de segurança jurídica que possibilite ao indivíduo calcular as consequências de suas ações, através de regras – direitos e deveres – claros e estáveis (PINHEIRO, 2006).

Entretanto, o Judiciário tem se comportado cada vez mais como intérprete alargado da norma, na busca de uma razão coletiva que justifique suas ações. Em pesquisa datada de 1993 já foi possível a constatação de que 73,7% dos juízes participantes concordavam inteiramente com a afirmação de que “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais” e 37,7% dos mesmos acreditam que “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”. (SADEK, 2004b).

Desta forma, os dados sobreditos são preocupantes à dinâmica social, tanto no cenário nacional, como internacionalmente, pois:

> [...] uma vez que todos almejam um papel criativo, ou interpretativo, fugindo de uma função suposta como meramente técnica, não haveria como negar que a rejeição da neutralidade do Judiciário traz elementos que contrariam a previsibilidade e a certeza jurídica, conferindo justificativas para o ativismo judicial. (SADEK, 2004b)

Destarte, tem-se um complexo quadro em que a estrita vinculação à lei não mais se apresenta como adequada e o impulso interpretativo impresso ao juiz após o constitucionalismo, degenerou tal atividade (interpretação da norma), ocasionando a multiplicação de decisões, sem coerência ou traço jurisprudencial sedimentado em princípios identificáveis.

Mas em busca de segurança jurídica a Suprema Corte norte americana adota a teoria dos precedentes, na qual, apesar da multiplicidade de casos e suas peculiaridades, há uma base principiológica maior – geral e equânime - que alcança toda a Corte. Tal base por ser conhecida através da coerência e compreensão com que se apresenta, possibilita a máxima adequação do Direito através da interpretação da Constituição. Assim, a teoria dos precedentes vincula os tribunais infraconstitucionais não por ser uma decisão advinda da Suprema Corte Americana, mas sim pela adequada fundamentação que traz consigo, não sendo estática nem autoritária/individualista.

No Brasil, muitas são as causas que dificultam a uniformidade jurisprudencial e consequente segurança jurídica. A tradição de um sistema

jurídico que transfere para a lei a concretização dos anseios sociais junto aos traços culturais tolerantes à desobediência ocasionam uma sensível instabilidade legislativa. Neste contexto, em verdade, as leis – ao contrário do que representavam no período pós Revolução Francesa, em que surgiu o *Civil Law* almejando a segurança jurídica através da limitação da atividade do interprete pela existência da lei positivada – funcionam como veículo de insegurança.

A EXPERIÊNCIA INTERPRETATIVA NORTE AMERICANA

A obra *La transformacion de la interpretacion constitucional (*Christopher Wolfe, 1986), analisa a natureza do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, estudando casos concretos submetidos à Suprema Corte Americana, desde o início da existência do direito constitucional feito pelo juiz, contribuindo para o conhecimento crítico do nosso sistema de controle constitucional – o qual, embora distinto do sistema norte-americano objeto da referida obra, certamente bebe na mesma fonte – na medida em que fornece um panorama funcional da Suprema Corte Americana.

No bojo da análise da atividade jurisprudencial da Suprema Corte Americana, Wolfe (1986) questiona sobre como deve ser a atividade interpretativa do juiz, admitindo como primeiro passo para a construção do moderno controle judicial, a superação do mito da objetividade na interpretação e aplicação da lei.

Assim, para o desenvolvimento do controle judicial emergente, restou indispensável saber se o juiz deve ou não interpretar de acordo com a Constituição, se há ou não um método que identifique se o juiz interpretou legitimamente ou inventou, ultrapassando o texto constitucional. No bojo destes questionamentos, ficou evidente a predominância do intencionalismo, segundo o qual os constitucionalistas, buscando conhecer a vontade da Constituição, negavam a existência de um sentido próprio do texto.

O controle judicial exercido pela Suprema Corte Americana atravessou três importantes etapas, marcadas por paradigmas distintos, os quais,

gradativamente, foram superados até o alcance do atual formato de controle judicial dos Estados Unidos, emblemático ao modelo brasileiro, apesar das diferenças existentes entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*.

Na denominada Era Tradicional (1789 a 1890), o entendimento dos intérpretes era de que a constituição era inteligível, com conteúdo real, claro e preciso e, assim, o controle judicial era realizado através da supremacia da regra constitucional sobre o ato do Legislativo ou Executivo. Nesta fase, inexistiu o que se chamou de legislação judicial, aproximando-se a atividade interpretativa dos paradigmas positivistas.

Dentre os expoentes interpretativos desta fase, destacam-se: a) o Sr. Blackstone, que defendia a interpretação através do uso de signos na sequencia palavra, contexto, relação com a matéria aludida, efeitos e consequências e razões do legislador; b) o Federalista (Alex Hamilton e James Madison), que embora não tenha respondido diretamente como interpretar a Constituição, auxiliou na criação de um governo federal e iluminou regras hermenêuticas na medida em que fomentou a utilização da cláusula do adequado e necessário. Segundo o Federalista, a interpretação deveria partir pelo sentido evidente dos termos empregados e, diante da existência de palavras duvidosas, busca-se o contexto na totalidade; c) Jeferrson, que defendia não existir poderes implícitos na Constituição; d) e Hamilton, grande entusiasta do espírito da Constituição, através do qual entendia que afastar-se do sentido original conduz a abusos.

Assim, as regras de interpretação utilizadas pela Suprema Corte Americana nos primeiros anos de Constituição não ficaram muito claras. Contudo, apesar da aproximação com os paradigmas positivistas é possível extrair que os constitucionalistas da época entendiam que interpretar não era uma simples questão de aplicação de regras, até mesmo porque estas não são capazes de solver todos os problemas nem a atividade interpretativa possui o propósito de eliminar as controvérsias.

Com a evidência de questões que necessitavam de outra conduta do Tribunal para fins de apreciação judicial, por sua natureza plural e complexa o bastante a exigir para além do que então era lançado através da interpretação

fincada no texto legal tal qual realizava-se, a Suprema Corte Americana então movimentou-se rumo ao que se denominou de Era de Transição, quando o paradigma da Constituição com conteúdo claro e objetivo foi se transformando em uma teoria interpretativa que buscava a interpretação do *laissez faire* liberal, através do qual o direito de propriedade era garantido pelos constitucionais direitos naturais.

Isto porque com o avanço da economia no cenário político e social, a proteção à vida, à liberdade e à propriedade eram vistas como garantias gerais e a legislação cada vez mais reguladora da atividade econômica e do comércio era vista como privação arbitrária ao direito natural da propriedade. Desta forma, com a referida mudança na esfera social, as instituições de justiça também adequaram-se em prol dos objetivos emergentes e neste contexto, foi promulgada a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, marco interpretativo da Suprema Corte Americana.

Com a Décima Quarta Emenda começou-se a sentir de forma mais direta algumas mudanças, haja vista a mesma conter cláusulas amplas e por isso exigir uma nova forma de controle judicial que não mais correspondia àquele desenvolvido na Era Tradicional, em atenção ao texto 'real' do diploma. Observa-se então que tal atividade legislativa e consequente aspiração interpretativa diversa dos modelos anteriormente praticados consistem no embrião da atual jurisprudência de precedentes desenvolvida no *Common Law*.

Isto posto, uma das preocupações da Décima Quarta Emenda foi a ênfase dada ao devido processo, através do qual o cidadão norte-americano obtinha a segurança de que não seria privado da vida, liberdade e propriedade senão pelo devido processo estabelecido em lei, de forma equânime para todos. Percebe-se neste ponto quão antiga é a preocupação dos legisladores e juristas com a previsibilidade e consequente segurança jurídica.

Para Wolfe (1986), ao tempo da Era de Transição, quando inexistisse conflito entre a lei e a Constituição não haveria cabimento ao controle judicial e mesmo diante de duas interpretações possíveis, não haveria justificativa para

que o juiz derrogasse a lei, abstração perfeitamente transmissível aos dias de hoje tanto no *Civil Law* quanto no C*ommon Law*.

De tal modo, a segunda fase da história constitucional dos Estados Unidos (a Era de Transição), assim o é por conter elementos dos momentos posterior e anterior. O tribunal permaneceu abordando o controle judicial e a interpretação constitucional da forma tradicional, zelando pela Constituição ao mesmo tempo em que adotou uma postura em que juízo e legislação passaram a se comunicar com maior frequência, em prol da conformação do direito.

O controle judicial então exercido através do devido processo diminuiu sensivelmente a diferença entre juízo e legislação. A revisão judicial passou a ser baseada no direito natural, e não mais na Constituição. O então controle judicial trabalhava com a ideia de que alguns princípios independiam da correspondência no texto escrito e como tais princípios estavam inseridos no cotidiano dos cidadãos regidos por aquele tribunal, era possível utilizá-lo sem que tal fato implicasse a utilização exclusiva da vontade do juiz.

Inegável é, contudo, que o problema da imprecisão sobre quais princípios são contemplados como direito natural diante da natureza vaga do texto constitucional foi uma das dificuldades no exercício deste controle judicial. Inexistindo clareza na definição de tais princípios, o intérprete fatalmente lançava mão dos seus princípios, ainda que não intencionalmente.

Desta forma, diante da dificuldade em delimitar quais eram os princípios que poderiam ser utilizados pelo intérprete e ainda com a preocupação atinente à atividade econômica em destaque ao tempo, o devido processo foi novamente colocado no centro da discussão acerca da interpretação realizada pela Suprema Corte vez que além de possuir o caráter de Direito Natural, a cláusula do devido processo proporcionava segurança jurídica e instrumentalidade ao direito e à própria lei. O emprego da cláusula do devido processo para tutelar a propriedade e supervisionar a regulação legislativa dos negócios é, pois, uma característica da Suprema Corte Americana no período compreendido entre 1890 e 1937.

Verifica-se, então, através do estudo de Wolfe, que a principal diferença entre a interpretação do devido processo (Era de Transição) e os primeiros tribunais (Era Tradicional) é a alocação da atividade legislativa ao Judiciário, vez que nesta segunda fase da atividade interpretativa da corte norte-americana o Judiciário, através do devido processo e em prol da tutela dos interesses econômicos em ebulição, autorizado a lançar mão de princípios não positivados no texto legal – leis ou Constituição – sob a justificativa de serem os mesmos princípios de direito natural, interpretava com maior liberdade, o que por vezes proporcionava inclusive a impressão de suas vontades e princípios à interpretação, apesar da Constituição.

Durante a Era de Transição, como a sociedade clamava pela não privação da liberdade e propriedade de maneira integral tendo em vista que a Constituição não tratava sobre o conceito de razoabilidade, muitas leis foram derrubadas de acordo com a percepção dos juízes. Apesar de estarem os juízes convictos de que apenas defendiam os direitos presentes na Constituição e no Direito Natural, embora a interpretação deste pudesse implicar elaboração de leis e/ou princípios políticos.

Superada a fase de sacralização da Constituição e iniciado o processo de crítica da mesma pelos seus intérpretes, a partir de 1937 reconheceu-se uma nova fase na história da interpretação constitucional norte-americana.

Contrariamente às fases anteriores, que colocavam a Constituição como centro gravitacional e inafastável de toda a atividade interpretativa – apesar do discreto distanciamento deste formato na Era de Transição – a Era Moderna caracterizou-se por tentar afastar-se do propósito constitucional por reconhecer a existência de alguns equívocos no mesmo e sensíveis limitações em seu alcance.

Constitucionalistas da época já criticavam a Constituição por entenderem-na inadequada ao governo de então, dentre tantas causas estão a separação entre o Legislativo e Executivo, bem como o modelo federalista de Estado, sugerindo a necessidade de uma Constituição mais elástica e adaptável, duradoura em função de sua simplicidade.

A Era Moderna foi inaugurada pelo Tribunal Warren, o qual apesar de ter iniciado a revolução que demarcou uma transição nas características interpretativas da Suprema Corte Americana, não causou grande incômodo social, talvez em razão da inexistência de convicções firmes pelos norte-americanos de então.

Logo após, ainda na Era Moderna, com novas nomeações de juízes, em busca de um Tribunal mais moderado, viveu-se o Tribunal Burger, que apesar de suceder o Tribunal Warren não se distanciou significativamente daquele senão pela forma como decidiu os casos equilibrando distintas considerações para chegar a um conceito particular judicialmente especifico para generalidades constitucionais.

Uma característica que diferenciou o Tribunal Burger do Tribunal Warren foi a orientação política mais completa, o que determinou alguns comandos positivos, que ocasionaram a anulação de precedentes; outros demonstraram uma inclinação liberal, a qual ocasionou resultados bem moderados.

Entretanto, tal característica não favoreceu o almejado objetivo da segurança jurídica, uma vez que o volume de doutrina constitucional construída sobre distinções que não possuíam base sólida na Constituição, imprimiu incerteza e incoerência aos pronunciamentos.

Desta forma o Tribunal enquadrou o direito norte-americano em uma situação de incerteza causada por circunstâncias tais como a falta de fundamento constitucional nos pronunciamentos, a aceitação de um poder judicial com caráter legislativo, a ausência de ideologia política compartilhada pela maioria do Tribunal e a reticencia da maioria dos membros do Tribunal para anular precedentes que dificilmente correspondem com as novas decisões.

Vivenciados os momentos descritos a Suprema Corte Americana reconheceu os elementos prioritários de sua atividade jurisdicional, no caso, a segurança jurídica e estabilidade do órgão, identificou as fragilidades operantes e remanejou esforços para utilizar o sistema e suas características, dentre elas a ampla atividade interpretativa e o uso de precedentes judiciais para alcançá-los.

Atualmente, a Suprema Corte Americana recuperou credibilidade social, bem como serve de paradigma para a comunidade jurídica internacional no estudo da interpretação judicial, estabilidade da ordem jurídica e segurança jurídica.

A PREVISIBILIDADE NOS PRONUNCIAMENTOS JURISPRUDENCIAIS: UM OBJETIVO UNIVERSAL DA COMUNIDADE JURÍDICA E OS ESFORÇOS EXPOENTES DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Diante da crise do Judiciário brasileiro e consequente busca pela reforma desta importante instituição do sistema de justiça, tem-se a inclinação a querer adequar, acriticamente, ao nosso sistema, características e institutos de outro sistema, o qual tenha logrado êxito no alcance de nossos atuais objetivos.

Especificamente no que diz respeito à busca pela previsibilidade dos pronunciamentos judiciais é inegável a automática relação traçada com o sistema de precedentes judiciais utilizado pela Suprema Corte Norte Americana.

Entretanto, como aponta Theodoro Junior (2010, p.14), “não é mais possível fazer uma análise acurada do direito comparado, com incursões pontuais a institutos, técnicas ou teses sem promover uma análise macroestrutural”. A sugestão do uso de precedentes como redentor do problema da imprevisibilidade dos pronunciamentos judiciais não pode ser admitida sem a adequada reflexão sobre a cultural característica da desobediência deste país e o desenho institucional deste.

A existência de diferenças relevantes entre as comunidades jurídicas não impede, contudo, a frutífera análise de Direito comparado, bem como a adaptação de institutos da forma mais orgânica ao nosso ordenamento.

Assim é que se situa a discussão acerca das aproximações entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law* na busca pela previsibilidade nos pronunciamentos judiciais, vez que no Brasil apesar do impulso interpretativo conferido ao juiz após a Constituição de 1988 e o consequente desequilíbrio

desta função através da criação de regras e direitos por um Judiciário legislativo, ainda há resistência ao uso de institutos bem-sucedidos do *Common Law*, como os precedentes judiciais.

Conforme já dito, o Judiciário brasileiro atravessa uma crise de eficiência, a qual, dentre outros tantos fatores, se dá pela falta de eficiência qualitativa, aqui incluído o problema da previsibilidade. Isto porque o nosso sistema prioriza o alcance de uma eficiência quantitativa – o que facilmente se vislumbra com as quantificáveis metas de julgamento de processos do CNJ – que inviabiliza análise atenta de casos em prol do volume de julgamentos em lapso temporal mais curto.

Eis então o propício cenário para o surgimento de institutos facilitadores de um processo de mecanização de decisões, muitas das vezes imprimindo o rótulo de uniformidade jurisprudencial, tal qual ocorre com as Súmulas Vinculantes, equivocadamente apontadas como aproximação dos precedentes judiciais norte-americanos.

Na busca pela segurança jurídica através da previsibilidade das decisões judiciais, fala-se em igualdade como a necessidade de garantir decisões uniformes, e também que a existência de entendimentos diferentes sobre um mesmo tema negaria a garantia constitucional de tratamento isonômico. Entretanto tal entendimento nega os fundamentos interpretativos e é incompatível com a conformação do Direito. De outro modo, entretanto, nos sistemas que utilizam os precedentes judiciais, não há a possibilidade de tal execução mecânica. Em busca da confiabilidade do sistema, a teoria dos precedentes judiciais pressupõe a reconstrução do histórico de aplicação do precedente para verificar a adaptabilidade ao caso.

Neste sentido, encontramos em Dworkin (2007) a justificativa para a análise do Direito de tal forma legitimadora, que ao diferenciar as comunidades de mero acidente das comunidades de regras e ainda das de princípios, expõe que quando há uma comunidade de princípios, o Direito não se confunde com um conjunto de leis ou decisões judiciais anteriores, sendo indispensável uma compreensão principiológica do mesmo, para que o sistema possa "expandir-se

e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito" (DWORKIN, 2007, p.229).

Tal construção é de grande valor ao momento crítico que o Brasil atravessa, conduzido pela percepção de que os problemas do direito são passíveis de solução mediante a constante alteração/produção de leis e posicionamentos jurisprudenciais. Apesar do aperfeiçoamento do sistema de súmulas vinculantes e da constante e ampla produção legislativa, os problemas do Judiciário brasileiro não apontam melhora, sequer no que tange à morosidade, menos ainda no que toca a previsibilidade e segurança jurídica. Assim, não há como solucionar tais problemas sem recorrer a integridade de que trata o mesmo autor (DWORKIN, 2007, p.261), ou seja, há que se considerar o ordenamento jurídico como se este fosse um conjunto coerente de princípios.

Tal coerência, indispensável à segurança jurídica almejada, se faz visível na interpretação através da reconstrução dos princípios no presente, "levando em conta o passado (de forma reflexiva e não como mera repetição) e também para o futuro, como abertura para as próximas gerações" (THEODORO JUNIOR, 2010, p.36).

A segurança jurídica assim, repousa não na garantia de um dado resultado – haja vista a óbvia impossibilidade de qualquer princípio, lei, súmula ou jurisprudência que contenha uma solução adequada, pronta e acabada para todos os casos concretos – mas sim no esclarecimento das questões peculiares ao caso, de forma a impedir a dúvida se a decisão foi proferida a partir de imprópria motivação.

Esclareça-se que tal atenção às peculiaridades do caso não constrói uma prática casuística, vez que a busca pelo melhor argumento por si, em seu processo reflexivo inafastável, imprime uma dimensão transcendente, na medida em que solidifica bases principiológicas para a atividade jurisprudencial vindoura. (THEODORO JUNIOR, 2010, p.39)

Entretanto, o que se observa no Judiciário brasileiro, cada dia mais imprevisível em razão da inexistência de uniformidade jurisprudencial – ou mesmo de base principiológica identificável em seus Tribunais – é a referência às súmulas ou processos anteriores, sem conexão com as questões que lhe deram origem (princípios), tornando tais institutos (súmulas e jurisprudência) autônomos na discussão do caso concreto.

Tal prática não se identifica com a observada no *Common Law*, pois mesmo na existência de um precedente absolutamente adequado a um novo caso concreto, o Direito não se concretiza mediante a repetição de casos anteriores, mas sim através da construção reflexiva a partir de um ponto de partida que consiste no princípio de que decorre o precedente correspondente.

A adequação deste formato repousa, pois, na possibilidade de conferir segurança jurídica na medida em que, a partir de um precedente judicial, identifica-se a sua base principiológica, analisa-se a sua aplicação ao caso concreto e, diante da constatação de que por este princípio aquele precedente não permanece ótimo à solução do conflito, supera-se o precedente (*overruling* ou *distinguishing*) de forma motivada e esclarecedora.

Hoje o Brasil enfrenta - em prol da liberdade decisória dos juízes e Ministros - um quadro de "anarquia interpretativa", na qual não há respeito à história institucional – ou sequer se identifica uma história, haja vista inexistir qualquer uniformidade jurisprudencial capaz de traçar um perfil.

Na busca pela segurança jurídica e previsibilidade de pronunciamentos judiciais é necessário combater a prática de "padronização decisória" – haja vista esta ser ineficiente ao referido objetivo do sistema jurídico, como o decisionismo do julgador, que diante dos casos concretos desconsidera a tradição e história dos Tribunais.

CONCLUSÃO

Entende-se urgente a mobilização do Judiciário e do poder público como um todo em prol do alcance da segurança jurídica. Neste sentido, Cappelletti e

Garth (2002, p.10) enunciam ser "profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental". Tal objetivo é indispensável inclusive para a concretização dos objetivos constitucionais, tais como o desenvolvimento econômico e o pleno acesso à justiça.

Neste sentido, uma vez revisitadas as circunstâncias que originaram os diferentes sistemas de justiça – *Common Law* e *Civil Law* – bem como analisadas algumas de suas características e a aproximação entre os mesmos, percebe-se a necessidade trabalhar sobre os pontos identificados como problemáticos na atividade jurisdicional brasileira – no que nos é muito útil a experiência norte americana.

É necessário, pois, repensar a atividade interpretativa do julgador brasileiro, construindo parâmetros para o seu exercício e rememorando a importância desta atividade para a conformação do Direito e confiabilidade do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito** – 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4.ed – São Paulo-SP: Malheiros, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos**

precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito do Paraná – UFPR – Curitiba, nº 49, p.11-58, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar . **Direito e economia num mundo globalizado:** cooperação ou confronto? 2003. Disponível em: <http://www.economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em: 3 set. 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo**: a retomada do desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

______. **Judiciário:** mudanças e reformas. 2004a. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 3 set. 2012.

______. Magistrados: uma imagem em movimento. 1998. In: VIANNA, Luiz Werneck et al. **Rev. Brás. Ci. Soc.,** São Paulo, v. 13, n. 38, oct.1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011>. Acesso em: 3 set. 2012.

______. **Poder Judiciário:** perspectivas de reforma. 2004b Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 3 set. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória.** Revista de Processo. RePro 189. Ano 35. Novembro-2010. Revista dos Tribunais

WOLFE, Christopher. **La Transformación de la interpretación constitucional.** Madrid: Civitas, 1991